JACOBI FRIDERICI LUDOVICI,

J. U. D. & P. P. Extr.

USUS PRACTICUS DISTINCTIONUM JURIDICARUM,

juxta

Ordinem Digestorum adornatus.

PARS I

Priores XIII Libros exhibens.



HALÆ MAGDEBURG.

Sumptibus JOHANNIS JACOBI SCHÜTZII,

Typis Johannis Jacobi Krebsii, Acad. Typ.

ANNO M DC III.

VIRO
Illustri atque Excellentissimo
DN. SAMUELI STRYKIO,
JCto consummatissimo,
Serenissimi ac Potentissimi Regis Borussici Consiliario intimo, Academiæ Fridericianæ Professori Primario, Facultatis Juridicæ Ordinario,
& reliqua,

Patrono & Promotori
suo perpetuo cultu venerando,

Felicitatem.

ANxius diu dubiusque hæſit animus meus, VIR Illuſtris ac Excellentisſime, quâ ratione à maximo illo æris alieni cumulo, quô Tibi obſtrictus ſum, vel in totum, vel ex parte ſaltem, memet liberare poſſem. Obverſabantur ſcilicet oculis meis tot maxima beneficia à

Te

Te hactenus in me collata, ſimulque ruborem mihi excutiebant, quod per tantum temporis ſpatium ſolutionem differens titulum moroſi debitoris, admodum odioſum, promeritus fuerim. Audias verò pro conſueta Tua humanitate, quid tunc quidem conſilii ego ceperim. Executionem nempe contra me ipſum

ipsum decernebam ab initio, & juxta ordinem in exequendis debitoribus consuetum mobilia primo, immobilia deinde & tandem quoque nomina calculo subjiciebam, putabam enim ea debito persolvendo fore sufficientia. Verum enim verò ad me quoque pertinere deprehendebam illud JCtorum, sæpe de facul-

cultatibus ſuis amplius, quam in his eſt, ſperare homines, & proinde errorem calculi graviſſimum me com̃iſiſſe nimis liquidò adparebat. Et ſane ad ejurandam bonam copiam me offerre poſſem, niſi Gratia Tua mihi ſpem faceret certiſſimam, fore, ut huic aſſerto meo etiam absque juramento fidem adhiberes beni-

gnisſimè. Nihil ergo ſupererat, niſi ut ad moratoriarum induciarum beneficium confugerem, neque tamen illud in detrimentum Creditoris ſub- & obreptitiè alibi impetrarem, ſed Te ipſum, ut ad tempus adhuc deficientibus viribus voluntatem reſpiceres, humiliter exorarem. Et hic unicus eſt ſcopus, qui me commo-

mo-

movit, ut levidense hoc opusculum loco interusurii vel quasi, Illustri Tuo Nomini dicarem atque inscriberem. Agit illud de Usu practico Distinctionum juridicarum; atque cum Scripta Tua nunquam satis laudata ad praxin præcipuè colliment, videbis, si illud propter gravissima negotia Tua fugitivo saltem oculo per-

lustrare non dedignaberis, pleraque testimonio Tuo atque autoritati ubivis superstructa esse. Quemadmodum ergo hac ratione illas quasi usuras, de quibus ante dixi, ex propriis Tuis facultatibus Tibi persolvi: ita, ne quid dissimulem, in ipsa hac dedicatione alius latet dolus, bonus tamen, ut scilicet ad fidem & in poste-

ſterum mihi habendam te inducam, ſeu, ut clariùs loquar, ut Gratiam Tuam ſingularemque, quam hactenus expertus ſum, benignitatem ratione futuri quoque mihi conciliem. Te enim poſt Deum T.O.M. fortunæ meæ fabrum & eſſe, & ulterius eſſe poſſe, imò etiam fore, non diſſimulo. Servet modò æternum Numen

Te, VIR Illuſtris, in plurimos adhuc eosq; Neſtoreos annos, renovet vires Tuas animi & corporis quotidie, augeat famam Tuam atque felicitatem, integramque Familiam Tuam ſplendidisſimam benedictionum cumulis impleat. Ita voveo

Illuſtris Nominis Tui

Cultor

devotiſſimus

J. F. Ludovici.



PRAEFATIO AD LECTOREM.

Quamvis cum multorum hominum ingeniis ita comparatum sit, ut omnia statim, quæ quodammodò saltem à Veterum vestigiis discedere videntur, tanquam res nullius pretii cœco impetu eliminata esse cupiant; plures tamen, ni fallor, hodiè reperiuntur, qui in alterum extremum prolapsi, nil eruditum, imò ne lectu quidem dignum existimant, nisi quod Veterum Scriptorum principia non solum deserit, sed quod majus est, ea condemnat etiam atque refutat. Ita inter illos multos & hosce plures paucissimi media via, quæ Sapientem decet, incedere didicerunt. Et quod exinde profluit, nihil fere scribi amplius potest, quod non vel ab his, vel ab illis, si eorum gustui non est accommodatum, acrem censuram experiatur. Hos scopulos mecum perpendens hæsitavi

ab

ab initio dubius, utrum præsens opusculum de Usu practico Distinctionum juridicarum publicæ luci exponere consultum esset, nec ne, cum facilè prævíderem, me omnibus hac parte placere neutiquam posse, quin potius certissimum fore, ut diversas censuras experiretur ille labor à me susceptus, prout scilicet adfectus Lectoris diversus eundem ad diversissima etiam judicia ferenda incitare solet. Verum enimverò, cum ex altera parte considerarem, neminem hactenus ex mortalium numero repertum fuisse, cujus instituta, optima etiam, omnibus sese adprobaverint; scopulos illos, de quibus antea dixi, transcendere non adeo difficile fuit, præsertim cum mea intentio non sit, quod eruditis scribere, sed quod saltem ex necessitate illa, ad quam me officii mei ratio obstringit, Studiosæ juventuti ad eò melius percipienda genuina juris principia pro viribus meis exiguis inservire velim, quem in finem etiam præsentem libellum statim ab initio publicis lectionibus destinavi, prout de hoc meo instituto Programma *de Distinctionibus Juridicis usum in foro habentibus, vel non*, ante aliquot menses in hac Academia publicè propositum, ulterius loquitur. Imo, si hoc addere permissum, & amatori-

bus

bus antiquitatis, & illis, qui novis rebus indulgent, me quadantenus inserviisse puto. Usum enim practicum non ex proprio cerebro, sed vel ex ipsis Legum receptarum fontibus, vel ex celeberrimorum Scriptorum operibus docere annisus sum, & sic nihil ferè dixi, quod non anteà jam dictum fuerit. Methodum autem novam esse, quilibet, spero, facilè concedet, cum non deprehenderim, eadem, quam in præsenti elegi, via ante me quenquam incessisse, at verò præter methodum in jure aliquid mutare, non ita facilè, quàm quidem in aliis disciplinis licet, nisi erroneas DD. opiniones nulli Legi superstructas excipere velis. Equidem Antonius Henricus Mollenbecius, Rintelensis, J. U. D. jam olim Anno M DC LXXII. Heydelbergæ in 8. publicavit *Radices & primordia Jurisprudentiæ sive Divisionum Juridicarum Centurias III. juxta seriem Pandectarum dispositas*; sed Lector benevolus facilè advertet, quod ille Autor ipsos solummodò divisionum terminos explicare animum induxerit, usum fori autem vel in paucissimis, vel planè non attigerit. Fuissent quidem, quæ & circa has terminorum expositiones ab eo adlatas moneri potuissent; sed labor ni-

nimium

mium excrevisset, & simul, quod maximum erat, à scopo Lectionum mearum publicarum ablusisset, quippe in quibus Auditoribus meis practicam saltem applicationem ostendere, ea verò, quæ subtilia videbantur, sequestrare & in tempus magis commodum reservare volebam. Ut ergò B. L. juxta hanc meam intentionem præsentem laborem æstimare velit, est quod obnixè rogo. Dabam in Academia Fridericiana d. XXIIX. Decembr. MDCCII.



Q. D. B. V.

Usus Practicus Distinctionum juridicarum *juxta* Ordinem Digestorum.

LIBRI I. TITULUS I.

De Justitia & Jure.

DISTINCTIO I.

Inter justitiam *universalem & particularem.*

PRima hæc communiter in Compendiis & Systematibus juridicis sub præsenti Titulo deprehenditur juris distinctio, cum qua alia inter *jus perfectum & imperfectum* sive virtutem, (prout quidam loqui malunt,) coincidere videtur, quam Pufendorfius aliique DD. morales adhibere sueverunt. Justitia enim universalis officia *amoris*, particularis verò officia *debiti* inculcat, ad priora

 autem

autem illa jus perfectum, id est, cum coactione conjunctum, non competit, sed imperfectum saltem, h. e. pudori cujuslibet relinquitur, an eadem præstare velit annon, quo refero officia humanitatis, suppeditationem eleemosynarum, &c. unde pauper ob denegatum subsidium charitativum actionem contra divitem denegantem instituere non potest. Amor enim coactus amoris naturam statim amittit. Usus hujus distinctionis circa quæstionem: *quænam ex duabus illis Justitiæ Speciebus Jurisprudentiæ finis sit?* præcipuè sese exerit. Siquidem scire oportet judicem, quinam officii ejus sint limites, ne vel aliquid omittat, quod faciendum, vel aliquid faciat, quod omittendum erat. Duæ autem hic sese offerunt opiniones. Nonnulli, inter quos Lauterbachius, Justitiam universalem Jurisprudentiæ finem esse existimant: alii contra pro Justitia particulari pugnant, quibus Dn. Hoppius accedit, & quorum sententiæ nos etiam calculum nostrum adjicimus. Frustraneus quippe habetur finis, ad quem consequendum congrua remedia non prostant. At verò judici qua tali, id est, quatenus jubet & punit, remedia homines vere virtuosos reddendi non suppetunt, sed eò est contentus,

tentus, modò subditi actiones externas legum præscripto conforment, quamvis hæc conformatio ex animo virtuoso non procedat. Optat equidem Judex, ut omnia, quæ fiunt à subditis, ex animo virtuoso proficiscantur, sed remedia, quibus hoc votum suum præcisè obtineri possit, ipsi deficiunt. Unde judices falcem in alienam messem mittere eaque sibi arrogare non debent, quæ ad forum Philosophicum vel Theologicum pertinent; Theologi contra & Philosophi ea, quæ ad judicia externa pertinent, non involent.

DISTINCTIO II.

Inter justitiam *distributivam* & *commutativam*. item : inter proportionem *Geometricam* & *Arithmeticam*.

ÆQuè frequens hæc est, ut præcedens, non tamen æquè clara, nec æque utilis. Nondum enim inter se conveniunt DD. quomodo utraq; justitia definienda sit. Multi ad distributivam referunt distributionem munerum, honorum & pœnarum criminalium jure humano statutarum, proportione geometricâ faciendam: ad commutativam verò res privatorum vi præcedentium con-

contractuum distribuendis, item pœnas civiles & criminales jure divino dictatas & hic proportionem arithmeticam observandam esse dicunt, v. Hopp. *comm. ad pr. J. de J. & J.* & latè Struv. *S. I. C. Ex. 1. th. 19. seqq.* Jac. Thomas. *Phil. Pract. Tab. XXIII. & XXIV.* Pufendorffius contra & distributivam & commutativam ad civium contractus refert, & distributivam quidem in societatis contractu adesse dicit, *lib. 1. de J. N. & G. c. 7. 8. 9.* Hugo Grotius *de J. B. & P. l. 1. c. 1 p. 8.* Justitiam attributricem suam & expletricem substituit, & hic disputant, an expletrix cum Aristotelis commutativa, attributrix vero cum distributiva conveniat? quod negat Thomas. *loc. cit. ibique in not.* Alii in societate æquali proportionem arithmeticam admittunt, intuitu inæqualis autem inter medium inveniendi & inventum applicandi distingunt, Simon *in not. ad d. Grotii loc. verb. Proportione comparatâ.* Vides, incerta esse omnia. Prout verò nulla adest certitudo, ita quoque nulla utilitas hujus distinctionis deprehenditur. Provoco ad omnes judices & Advocatos, an hæc distinctio illis unquam vel minimum usum in decidendis vel perorandis causis præstiterit. Justa quoque manebit sententia juxta Leges concep-

at, licet Judex interrogatus respondere nesciat, quam juxta proportionem eandem conceperit. Nec ergò multùm operæ impendere necesse habebit juris cultor, ut hanc proportionem sibi sollicite imprimat.

DISTINCTIO III.

Inter Jus *divinum* & *humanum*.

HAnc utilissimam esse nemo negabit. Princeps legibus à se latis non obligatur, benè tamen divinis, quorsum refero, quod ad servanda pacta cum subditis inita, quas Leges fundamentales vocant, sit obligatus, quia jus divinum, naturale pariter & revelatum, pacta servanda esse inculcat. Ex quo porrò deducitur, Principem non posse talia subditis suis injungere, quæ Legi divinæ adversantur, sed tunc locum habere illud: *Deo magis obediendum, quàm hominibus.* Denique in materia dispensationis pœnarum & nuptiarum huc unicè respiciendum est. Potest Princeps dispensare circa pœnas jure humano statutas, non quæ ex divino profluunt, unde pœnam homicidii indispensabilem esse rectè asseritur propter tàm evidentem textum *Genes. 9. v. 6.* Neque nuptias in illis gradibus contrahendas permittere jure poterit, quæ Deus ter O. M. *Levit. 18.*

prohibuit. Idem enim esset, ac si in Rep. subditus circa Legem à Principe promulgatam sibi potestatem dispensandi sumere vellet. Quid ergò dicendum de Pontificibus, quibus potestatem supra omnia & contra omnia & facultatem contra ipsum jus divinum dispensandi tribuunt eorum adulatores? v. Reinking. *de regim. secul. & eccles. l. 1. class. 2. c. 4. n. 50. seqq.* & *Disp. nostr. de judice in caus. Princ. protest. matrim.* §. *VII.*

DISTINCTIO IV.

Inter jus *naturæ* & *positivum universale.*

QVæ hic ad historiam pertinent, summatim recensuimus in *Delineatione Historiæ juris naturalis & positivi universalis.* Ceterum ad id prodest adlata distinctio, ut imbecillitatem rationis nostræ sibi relictæ eò melius agnoscamus atque Deo ter O. M. pro revelatione voluntatis suæ humillimas gratias persolvamus. Scilicet cum ex lumine naturæ ea tantùm injusta esse, quæ socialitatem turbant, homini Ethnico demonstrari queat; sequitur exinde, multorum criminum fœditatem jus naturæ ignorare, quæ tamen ex Sacra Scriptura facilè agnosci potest. Ceterùm ratione obligationis

inter utrumque jus nulla intercedit differentia, cum utroque omnes homines æqualiter obstringantur & sic ignorantia juris positivi universalis excusationis loco à nemine adduci queat. Inde Deus præter alia crimina Cananæos etiam propter commissum incestum sedibus suis ejecit, in cujus tamen prohibitione demonstranda ratio sola admodum cœcutit. Et ergo necessariò supponendum est, Deum illas leges aliquando toti humano generi, vel certè personis post diluvium illud repræsentantibus promulgâsse, aliàs enim propter transgressionem Legum nunquam promulgatarum pœna infligi non potuisset. De criteriis cognoscendi Leges universales positivas in *cit. Delineatione circa fin.* egimus.

DISTINCTIO. V.

Inter jus divinum positivum *universale* & *particulare*.

LEges universales à particularibus exactè discernere, maximam post se trahit utilitatem. Scilicet leges universales adhuc hodiè æquè ut in V. T. obligant, atque adeò Legislatoribus nostris ne latum quidem unguem ab iisdem recedere fas est. De Legibus autem particularibus, sive per eas *fo-*

renses, sive *ceremoniales* intelligas, unanimis DD. est sententia, eaque veritati superstructa, quod post extinctam Remp. Hebræorum eædem quoque cessent, cum ad statum illius Reip. fuerint accommodatæ, quo statu mutatô & illæ quoq; mutationem passæ sunt, qua de re conferri meretur doctissimus libellus, quem *de Habitu religionis* conscripsit illustris quondam Pufendorfius. Distinguit equidem Lauterbach *in Comp. jur. h. t.* inter jus forense universale & particulare; sed vel per universale illud intelligit jus morale, vel illa distinctio, si alium significatum juri forensi universali tribuere voluit, nullo fundamento nititur.

DISTINCTIO VI.

Inter jus *naturale* & *Gentium.*

VAriis quidem modis supponitur vox *juris Gentium*, de quibus consulendus Exc. Thomasius *in Jurispr. divin. l. 1. c. 2. §. 103.* communiter tamen pro *moribus plurium Gentium* jure suô eôdem modô utentium accipitur, v. g. ut ipsum bellum præcedat denunciatio: ut captivi in servitutem redigantur, &c. Mores tamen illi speciem aliquam juris positivi humani non constituunt, ut voluerunt aliqui, v. Rachelium *in pecul.*

cul, Disp. de Jure Gentium. Nullus enim unquam fuit Monarcha, qui omnibus Gentibus imperasset & sic illis legem aliquam communem præscribere potuisset. Nec adest spontanea subjectio, utpote de qua in historiis altum est silentium. Pactum quoq; expressum de ejusmodi moribus servandis nunquam inierunt Gentes, & si iniissent, exinde non oriretur peculiaris juris positivi species, sed obligatio ex jure naturæ proveniret, quod pacta servanda esse dictitat. Idem dicendum de pacto tacito, quod nonnulli in subsidium vocant, quamvis ne hoc quidem adsit, cum actus ille, quo gentes aliarum gentium mores imitantur, tale pactum non inferat, quemadmodum exinde etiam nulla obligatio profluit, quando privatus alterius privati actiones & mores imitatur. Hisce suppositis usus distinctionis inter sic dictum jus Gentium & naturæ in oculos incurrit. Scilicet Jus naturæ mutationi non est subjectum, sed omnes Gentes ad continuam ejus observationem obstringuntur; Mores Gentium autem pro lubitu à qualibet Gente alterâ etiam invitâ mutari possunt. Omittitur jam hodiè interdum denunciatio bellica, & eô ipsô tamen justitiæ belli nihil decedit, si illud aliâs justum est. Et

quid si una Gens omnes captivos interficere juberet, an putas reliquis jus contradicendi competere? Adest aliud recens Exemplum. Anno 1702. Mense Majô Ordines Generales Belgii uniti Edictum promulgabant, daß alle und jede Caper/ so zwischen denen Tonnen und Baacken vor dem Lande/ oder auch gar in den Häven ertappet würden/ ungeachtet ihrer Commission mit dem Tode gestrafft werden sollten; at vero alias illi, qui ejusmodi excursionibus maritimis vacant, militibus voluntariis comparantur & instar aliorum captivorum militum tractantur. Sanè hoc facere non potuissent Ordines Generales, si jus aliquod propriè sic dictum in contrarium adfuisset. Unde non cohærebat judicium Autoris der Relation aus dem Parnasso vom 2. Jun. 1702. qui ita rem decidere volebat: Apollo gab zur Antwort/ daß zwar die eingeführte Gewohnheit aller Völcker ein Recht mache/ sed hoc erroneum, quia Gentes non habent superiorem, à cujus adprobatione tamen consuetudo robur suum accipit, und auch in einem offenbahrem Kriege beyde Partheyen zur Beobachtung dessen verbinde/ jedoch nur also/ daß die Hohe Obrigkeit die Freyheit behalte/ zum besten dero Unterthanen eine andere Verordnung zu machen und die allgemeine Gewohnheit auffzuheben/ (hoc fieri

non

non poſſet, ſi mores Gentium jus facerent, nam & Princeps hôc jure eſſet obligatus,) in ſonderheit wenn ſolches vorher gebührender maſſen kund gemachet wird/ daß ſich ſo zu reden/ alle denen es zu wiſſen nöthig/ darnach achten können.

DISTINCTIO VII.

Inter jus Gentium *primævum & ſecundarium.*

ILlud ex ratione, hoc autem ex ratiocinatione deductum eſſe volunt, v. Weſenbec. *Parat. ff. b. t. n. 15.* Ita verò utrumque deſcribunt, ut jus Gentium primævum tale non maneat, ſed ut cum jure naturæ coincidat, prout jam obſervavit Struv. *Exerc. I. th. 54.* Ad quid ergò proderit hæc diſtinctio, niſi quod entia præter neceſſitatem multiplicentur, præcipuè cum Jus Gentium, quod ſecundarium vocant, ad jus poſitivum neutiquam referri poſſe paulò ante demonſtraverimus.

DISTINCTIO IIX.

Inter jus naturæ *propriè & impropriè* tale.

TRibonianus cum in *princ. J. de J. N. G. & C.* jus naturæ non humani generis pro-

proprium, sed omnium animalium, quæ in cœlo, mari & terra nascuntur, esse dixisset; nonnulli ut ab ignorantiæ vitio eum liberarent, distinctionem hanc in medium protulerunt & Tribonianum de jure naturæ impropriè sic dicto saltem locutum esse affirmârunt. Est certè hæc distinctio ejus generis, ac si quis inter hominem proprium & improprium distinguere & per hominem impropriè dictum simiam vel aliam bestiam bipedem intelligere vellet. Imò non absimilis est alteri cuidam inter barbam rationalem & irrationalem, quam posteriorem capro tribuerat nonnemo. Quemadmodum ergò non datur jus naturæ impropriè sic dictum; ita nec adlata distinctio ullum usum post se trahit. Anne enim Judex forsan bestias impropriè punire poterit? an impropriè contrahent, delinquent, &c.

DISTINCTIO IX.

Inter jus naturæ *præceptivum* & *permissivum*.

IMpugnat quidem hanc distinctionem Pufendorffius *de J. N. & G. lib. 1. Cap. 6. §. 15.* & Modestinum in *l. 7. ff. de LL.* non satis accuratè locutum esse existimat, quando hic

ad

ad Legis virtutes etiam permissionem refert, cum ea non sit propriè actio Legis, sed actionis negatio. Verùm enim verò hæc curiosa saltem esse videntur, putamus nos eam distinctionem omninò retineri posse, cum rem ipsam satis clarè exprimat. Usus autem ejusdem sat manifestus est. Scilicet circa ea, quæ jus naturæ præcipit, Principi potestas disponendi non competit, benè autem illorum intuitu, quæ nec prohibentur, nec præcipiuntur, sed permissa sunt. Unde Principes multa ad regalia sua traxerunt, quæ tamen jure naturæ cuilibet permittebantur, e. g. venatio, piscatio, aucupium, &c. Quod si verò Princeps pactorum violationem, aliorum læsionem, injuriam, &c. inter res licitas referre vellet, tunc ejus dispositio non minùs irrationabilis dicenda foret, quàm consuetudo, quæ contra jus naturæ & divinum revelatum impingit.

LIB. I. TIT. II.

De Origine Juris & omnium Magistratuum & successione Prudentum.

DISTINCTIO I.

Inter *Leges, interpretationes prudentum, Plebiscita, SCta, Prætorum Edicta & Principum Constitutiones.*

THeoreticè hæc omnia quam maximè à se differre, nemo negabit, cum ratione originis diversissimam habeant naturam. Hodiè tamen, postquam Imp. Justinianus omnia sua fecit, quæ quondam diversò tempore & diversô modô introducta fuerant, exigua admodum superesit differentia. *v. Constit. Dedit nobis. de confirmat. Digest.* §. *10.* Hoc saltem mansit ex jure Prætorio, quod actiones pœnales, v. g. injuriarum, annô præscribantur utili, contra illæ, quæ ex *lege, SCto* siue ex *sacris Constitutionibus* profiscuntur, in perpetuum competunt, *pr. J. de perpet. & temp. art.* Idem obtinet in actionibus Prætoriis rem quidem

rem quidem persequentibus, ad rescissionem verò actus gesti tendentibus, ubi annus utilis ad eas instituendas conceditur, v. g. in Pauliana, rescissoria, restitutione in integrum, quem annum utilem in quadriennium continuum commutavit Imperator in *l. ult. C. de temp. in int. restit.* v. Illustr. Dn. Stryk. *de act. invest. Sect. 3. membr. 3. Axiom. 2.* vid. *tit. seqv. Dist. II.*

DISTINCTIO II.

Inter Responsa Prudentum *ad instantiam unius Partis* & *ad requisitionem Judicis* concepta.

RESponsa Facultatum Juridicarum, Scabinatuum, singulorumque JCtorum (modô hi gradu Academico sint insigniti, *Illustr. Dn.* Stryk. *in not. ad Brunem. jus eccles. l. 5. c. 8. §. 4.*) ab expensarum quidem refusione liberant succumbentem & probabilem litigandi causam efficiunt, v. Brunnem. *Proc. Civ. c. 27. num. 76.* Judicem tamen non constringunt, ut ad eorum normam sententiam suam proferre teneatur, si ilicet perpensis fideliter actis ipsi contraria sententia magis vera videatur, Mev. *Dec. 110. num. 5.* Aliud obtinet, si ad requisitionem judicis, vel partibus hoc petentibus

tibus, vel ex officio etiam Collegia juridica transmissis ad eadem Actis judicialibus sententiam concipiunt, tunc enim judici, licet ad ipsius gustum non fuerit pronunciatum, eandem mutare vel ab Actis rejicere non permittitur, sed parti gravatæ competentibus remediis suspensivis illam impugnare liberum est. Ceterum regulariter hodiè acta judicialia ad privatos JCtos non transmittuntur, nisi in Ducatu Cliviæ, ubi hoc in judiciis inferioribus adhuc interdum fieri solet.

LIB. I. TIT. III.

De Legibus, SCtis, & longa consuetudine.

DISTINCTIO I.

Inter *Legem scriptam* & *consuetudinem*.

CIrca Consuetudinem duæ quæstiones ab invicem probè sunt separandæ, prima: *an existat?* & secunda: *an obliget?* Quantum ad secundam attinet, nulla deprehenditur inter legem scriptam & consuetudinem differentia, cum utriusque eadem sit vis & efficacia obligandi, & actus

actus contra consuetudinem commissus non minori nullitate laboret, quam qui contra Legem scriptam suscipitur, *v. l. 31. §. 1. l. 33. 35. & 36. ff. h. t.* & hôc respectu *juris* esse dicitur consuetudo. Ratione quæstionis primæ autem notabilis sese differentia exerit. Scilicet, quæ in Lege scripta deprehenduntur, a nemine ignorari debent, sed inter res notorias referuntur, & sic probatione non indigent; diversum obtinet intuitu consuetudinis. Hæc siquidem ex diversis demum actibus introducitur, hi actus autem in facto consistunt & probatione indigent, unde & ipsa consuetudo in hac consideratione *facti* esse dicitur. Hinc est, quod positiones non quidem de jure communi scripto, sed tamen de consuetudine concipi queant; Gail. *l. 1. obs. 82. n. 13.* Mynsing. *Cent. 5. Obs. 88. num.* 4. Item, quod jus scriptum non sit objectum probationis & articulorum probatorialium, bene tamen consuetudo, v. Struv. *S. J. C. Ex. 2. th. 21. & Exerc. 28. th. 8.* Plura huc facientia collegimus in *Diss. nostr. de JCto sine Lege loquente* §. *30. 31. & 32.* ubi Wesenbecio etiam respondimus, qui jus eô casu probandum esse censet, cùm illud ab adversario negatur. Ex his præmissis etiam profluere censeo,

 quod

C. si contr. jus, vel util. publ. vel per men-
E contrario autem Decreta per reme-
n suspensivum intra fatale decendii o-
inò à viribus rei judicatæ sunt suspen-
.da, quod & tunc obtinet, quando Judex
normam impetrati Rescripti sententiam
tulit, Mev. *P. 1. Decis. 244.* v. Carpzov.
Const. 26. Def. 19.

DISTINCTIO II.

'nter *Leges* & *Principum Constitutiones*.

Æc distinctio ad historiam juris eò me-
lius intelligendam pertinet, in praxi ta-
n usum non præstat. Scilicet *Leges* vo-
antur, quæ in statu democratico Reip.
nanæ in Comitiis populi in campo Mar-
interrogante Consule: *Velitis jubeatis,*
irites, Cives, ferebantur. Si enim place-
Lex à Consule proposita, respondebat
ulus: *Uti rogas*; si displicebat: *Antiquò,*
Iuber. *Digress. P. 1. l. 1. c. 15. n. 2. & l. 4. c.*
Unde descriptio Legis Papiniani in .. *1. ff.*
L. quod sit communis Reip. sponsio, ad ea-
n tempora referri debet. *Constitutiones*
latu Monarchico originem suam cœpe-
, postquam Impp. Monarchiam non
olius dissimulabant, ab initio enim SCta
 solùm

ſolum vocabantur. Hodiè ſive Legem dicas, ſive Conſtitutionem, in effectu nihil intereſt.

DISTINCTIO III.

Inter Privilegia *realia* & *perſonalia*.

USus diſtinctionis in confeſſo eſt. Perſonalia privilegia perſonæ inhærent, & cum perſona extinguuntur, realia autem à perſona abſtrahunt, & propterea ad quoscunque poſſeſſores transmittuntur, e. g. ſi ædes immunitatem à metatis & contributionibus obtinuerunt: ſi jus braxandi illis cohæret, &c.

DISTINCTIO IV.

Inter Privilegia *gratioſa* & *oneroſa*.

PRiora pro lubitu revocare poteſt Princeps, quia precario comparantur, poſteriora non item.

LIB. I. TIT. V.

De Statu hominum.

DISTINCTIO I.

Inter *Maſculos* & *Fæminas*.

LEvis hæc & ſollicita inquiſitione haud digna videtur eſſe diſtinctio, cum & Ruſticis notum ſit, quod homines

es ratione diversi sexus à se invicem di-
ʒuantur; verùm salva res est, si ad effe-
juris exinde profluentes oculum con-
as. Quæritur enim: *annon alter sexus*
altero ratione juris aliquid præcipui ha-
? Ubi quidem primò regula ponenda:
d in dubio utriusque sexus eadem sit
ditio eademque jura. Fœmina siqui-
ı non minus ac masculus dominia, ser-
tes, hereditates, &c. acquirere, consti-
e atque transferre potest, item eodem
lô cum masculis contractus firmiter ce-
are valet, & quæ sunt similia, unde non
m credendum est ei, qui discrimen in-
ıtrumque sexum intercedere adstruit,
hic intentionem suam probare obstri-
; est; interim tamen nec hoc diffiteri
imus, ex Legum dispositione multas in-
luctas esse differentias. Facile enim pa-
lli, qui jus nostrum debitâ cum diligen-
erlustravit, fœminas *interdum deterioris*,
in testimonio testamentorum, succes-
e in fideicommissis familiæ, adipiscen-
officiis publicis &c. in contractibus
xonia, quos sine Curatore celebrare ne-
ınt, *interdum melioris esse conditionis præ*
ulis, e.g. intuitu ignorantiæ juris Civilis,
ussionis, &c. Prioris XCI, posterioris
 XXXIIX.

XXXIIX casus recenset Frider. Prukmannus *de differentiis utriusque sexus*, quos omnes tamen examinare instituti nostri non est. Legi merentur, quæ habet Paganinus Gaudentius *in tr. de morib. nonnull. seculi Justin. P. 2. c. 32. & 33.* ubi dicit, Justinianum fuisse uxorium, eumque Theodoræ Augustæ rem gratam facere voluisse, ut commoda mulierum promoveret, quam in rem adducit privilegia doti concessa & imminutam quoad mulieres adulterii pœnam, v. *Auth. Sed hodie. C. ad L. Jul. de adult.* Patet simul usus quæstionis: Cuinam sexui hermaphroditi accensendi?

DISTINCTIO II.

Inter *nascituros* & *jam natos*.

HI in favorabilibus sibi invicem exæquatur, *l. 7. & 26. ff. de Stat. hom.* & sicuti inter natos alteri per alterum iniqua conditio inferri non debet: ita nec intuitu nasciturorum hoc permittitur, unde non solùm pœna, sed etiam tortura tamdiu differtur, donec mulier prægnans pariat, *l. 3. ff. de pœn.* hereditas nascituris debetur, *l. 3. ff. si pars hered. pet.* (ubi tamen mirabilis decisio) non possunt exheredari, præteriri, gaudent restitutione ob læsionem, &c. secus

est,

quoties de oneribus imponendis agi-
hæc enim intuitu jam natorum saltem
m habent. Imò nec jam natis indi-
tè imponi solent, sed adultis demúm.
nplum in Capitationibus, ubi com-
iiter ad annum duodecimum & an quis
S. Cœnâ usus fuerit, respici solet.
imvis meritò sint reprehendendi non-
i Parentes, qvi liberos suos ab usu S. Cœ-
ropptereà arcent, ut eò diutius immu-
te gaudeant. Quasi verò damnum
ebus terrestribus majus sit damno a-
æ?

DISTINCTIO III.

Inter *servos* & *liberos*.

Æc quin olim maximam utilitatem ha-
buerit, nemo dubitabit, qui jus Roma-
n aliquô saltem modô perspectum ha-
. Hodiè adhuc quidem habemus servos
iticè tales, qui operas nobis ex prævio
itractu præstant; sed hi non sunt servi
ensu juris Romani tales, nisi eò adhuc
tivos Turcas forsan referre velis, homi-
m enim propriorum in Germania longè
ı est conditio, quam servorum apud Ro-
nos. Ast cum & illi Turcæ rari sint, pa-
exinde, vel nullum, vel admodum exi-

guum adlatæ distinctionis apud nos usum esse.

DISTINCTIO IV.
Inter *Cives* & *Peregrinos.*

ET hujus quoque nullum amplius apud nos usum esse, plerique, spero, mecum consentient, vid. Lauterbach *ad h. t.* Exceptis iis locis, ubi nemo ad officia publica admittitur, nisi impetratô jure indigenatûs, e.g. in Clivia, Becmann *Disp. de indigenatu* §. *19.* Illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterb. d. l. verb. aliquem habet usum*, quibus moribus contrariatur consuetudo in Castellæ regno, in Italia & Gallia quondam usitata, vi cujus peregrini civibus intuitu officiorum præferebantur, v. Brunnem. *ad l. 2. C. de Offic. Præt.* Deinde quoque videndum est, an quis olim Civis fuerit illudque jus *propter præcedens delictum* amiserit? Hoc enim casu sine dubio ille, qui peregrinus factus est, jure communi cum civibus amplius uti non poterit, quo *banniti* vulgò referuntur. Solent iis communiter etiam *fustigatos & in perpetuum relegatos* accensere; sed hoc simpliciter concedere non possum, quia ejusmodi relegatis bona sua non adimuntur, quod olim in deportatione fiebat,

at, sed eos per procuratores administra-
possunt, unde hactenus jus civitatis o-
inò retinent. Quid in exteris regnis
rovinciis, v. g. in Gallia, Polonia, Bo-
ia, &c. ratione peregrinorum obtineat,
nos in præsenti non pertinet.

DISTINCTIO. V.
Inter *Patres-& filiosfamilias.*

[Ujus distinctionis maximam esse utili-
tatem ipsa praxis quotidiana loquitur.
ifamilias non condunt testamenta, ex
tuo non obligantur propter SC. Mace-
nianum, in nuptiis obligantur ad consen-
n paternum impetrandum, cum Patribus
entur pro una persona &c. Patres ipsis
stituunt pupillariter, eos modicè casti-
nt, in bonis adventitiis usumfructum ha-
nt, &c. v. Dn. ab Andler *Jurispr. publ. &*
vat. l. 1. tit. 5. part. 12. n. 5. seq. Unde non
eo quomodo cum se ipso conciliari pos-
Dn. Bejer, quando *in posit. ff. tit. de his qui*
vel alien. jur. pos. 1. & 2. fictionem unita-
adhuc obtinere asserit, postea autem *ad*
de peculio pos. 15. de hac assertione iterùm
bitat.

DISTINCTIO VI.

Inter liberos *legitimos* & *illegitimos*.

IN legitimos liberos pater exercet jura patriæ poteſtatis, neutiquam verò in illegitimos, ſive per eos naturales, ſive ſpurios, ſive ex damnato coitu natos intelligas. Privilegiis enim legum non utitur, qui in legem peccat, *l.37. in f. ff. de minor.* Pertinet huc, quod liberis legitimis à patre portio legitima ſit relinquenda, illegitimis non item, quippe qui planè non ſuccedunt, niſi in caſu *Nov. 89. c. 12.* §. 4.

DISTINCTIO VII.

Inter *Monſtra* & *Oſtenta*.

OStenti vox dupliciter quidem capitur, ita ut monſtrum interdum ſub ſe comprehendat; nos tamen illam in præſenti in ſenſu ſpeciali accipimus, ita ut monſtro opponatur. *Monſtra* vulgò dicuntur, quibus caput humanum deeſt, ex principiis vulgaris philoſophiæ, quæ intellectum tanquam directorem voluntatis conſiderat ejusque ſedem regiam in capite collocat. *Oſtenta* verò ſunt, quibus natura membra humana vel ampliavit, vel mutavit, vel imminuit, v. g. ſi quis ſex digitos, vel duos ſaltem habeat, item ſi aliud aliquod membrum à forma mem-

ıbrorum humanorum recedat, v. Festus ce portentum & ostenrum. Gothofred. 38. ff. de V.S. Quantum vero ad effe- ı distinctionis attinet, monstra non ba- ıntur: non succedunt: non rumpunt ımenta, imo, ut unô verbô dicamus, ım humanorum non sunt capaces, quæ ıia in ostentis secus se habent, v. l. 14. ff. 'at. hom. l. 10. §. ff. de Ædil. Edict. l. 38. ff. :.S. Dauth de testam. num. 307. seqq. conf. Henr. Christ. Stryk interesse controvers. , §. 5. Ceterùm monstra hodie impunè . occidi, (quod olim fiebat, v. Brunne- ı. ad l. 14. ff. de stat. hom.) sed extraordi- ıæ pœnæ locum esse ostendit illustr. ık in us. mod. ff. de stat. hom. §. 15.

LIB. I. TIT. VI.

De his, qui sui vel alieni juris sunt.

DISTINCTIO I.

er Legitimatos *per subsequens* *ıatrimonium* & *per Rescriptum* *Principis*.

)Riores liberis legitimis per omnia comparantur, prout ostendit Lau- terb.

terb. *h.t.* etiam in ſucceſſione feudali, niſi Conſtitutionibus Provincialibus aliud cautum fuerit, ut in Marchia, v. Illuſtr. Dn. Stryk *Ex. jur. feud. c. 15. qu. 38. b.* dantur enim ipſis teſtimonia natalitia, daß Sie aus einem rechten/ ehelichen/ unbefleckten/ ungetadelten Ehebette gezeuget und gebohren/ Carpz. *P. 2. Conſt. 61. Def. 15.* Poſteriores autem cum liberis legitimis jam ante exiſtentibus non ſuccedunt, niſi Princeps ipſis hoc conceſſerit, ubi tamen ſemper excepta eſſe cenſetur Legitima, propter clauſulam illam, quæ in omni Principali Reſcripto ſubintelligitur: *ſalvô jure tertii*, v. Carpzov. *loc. cit. Def. 27.* v. *Nov. LXXXIX. c. 9. & ibi Compend. noſtr.*

DISTINCTIO II.
Inter legitimatos Reſcripto Principis *ante & poſt mortem Patris.*

PRiores mortuô patre ipſius collateralibus in ſucceſſione præferuntur, poſteriores non, quia collaterales in momento mortis jus quæſitum obtinuerunt, quod ipſis iterùm auferri nequit. Exceptio eſt, niſi Pater in teſtamento de legitimatione liberorum diſpoſuerit, v. *Nov. 74. c. 2. Nov. 89. c. 10.*

DI-

DISTINCTIO III.

nter Legitimatos *per oblationem Curiæ* & *alios.*

ÆC distinctio omnium confessione extra usum est, vide, quæ diximus *in Com. d. Novell. Justin. ad Nov. LXXXIX. c. 2.*

DISTINCTIO IV.

er *Legitimationem* & *Dispensationem super macula nativitatis sive illegitimis natalibus.*

Heoreticè hæc duo differre facilè largior. Legitimatio enim in naturalibus :um habet, quorum parentes tempore ıcubitus in matrimonio vivere potuist ; Dispensatio autem ad liberos incesosos & adulterinos pertinet. Sed in eftu differentiam adesse non puto. Leimatus siquidem & dispensatus tantum is consequitur, quantum Princeps ipsi ıcedere voluit. Quid verò prohiberet,) minus Princeps utrique idem jus conlere posset? Assertum Covarruviæ *de trimon. p. 2. c. 8. §. 8. num. 4. Dispensation tanquam odiosam esse restringendam, legiti-*

gitimationem verò extendendam; nullô fundamentô nititur & propterea jam rejectum est ab Illustr. Dn. Stryk *Uſ. modern. ff. h. t.* §. 15.

LIB. I. TIT. VII.
De Adoptione, Emancipatione &c.

DISTINCTIO I.
Inter *Arrogationem & adoptionem.*

QVamvis arrogationes & adoptiones hodiè rarius fiant, non tamen omninò nullus hujus distinctionis usus est, quia interdum adhuc fiunt, unde in tali casu præcisè eò respiciendum, ut arrogatio ab ipso Principe confirmetur, seu, prout puto, à Regimine, quod Principis personam in illa Provincia repræsentat.

DISTINCTIO II.
Inter Adoptionem *plenam & minus plenam.*

PLena adoptio dicitur, quando ascendens aliquem adoptat, v. g. avus nepotem in locum filii, §. 6. *J. h. t.* Cur verò hoc faciebant ascendentes? credo propterea, quia ne-

ɔtes ex filiis emancipatis, vel ex filiabus, erant agnati & ſic neque ſuccedebant. iè verò, quia per *Nov.118.* omne diſcri- ı inter filios ſuos & emancipatos ſubla- eſt; ergò vix dabitur exemplum ad- onis illius plenæ.

DISTINCTIO III.

ıter *Alumnum* & *adoptivum.*

Lumnus dicitur, qui ſuſcipitur, alitur, & inſtar filii tractatur, privatâ tamen au- tate & ſine confirmatioue judiciali: ad- vus contrà, ubi confirmatio Magiſtratus :dit. Prior non ſuccedit, niſi teſtamen- ıeres ſcriptus ſit, quamvis etiam, ut he- ſcribatur, nulla jura exigant. Poſterior ò inſtar liberorum naturalium ſuccedit. od in praxi benè obſervandum, quia plu- dantur alumni, quam adoptivi. Conf. Il- r. Dn. Stryk *uſ. modern. ff. h. t.* §. *1.*

DISTINCTIO IV.

nter Emancipationem *tacitam* & *expreſſam.*

[Sum hujus diſtinctionis peculiarem eſſe putat Frid. Ludov. Hünefeld *de jur. pot. parent. circ. relig. liber. ſect. 1. cap. 1.* §. *19.*

dum,

dum, juxta ipsius mentem, tacita emancipatio liberos non aliter nexûi patriæ potestatis eximit, quàm quoad ea, quæ his per potestatem illam ratione bonorum gravia sunt, quoad cetera verò iidem in familia & sui heredes permanent, quam sententiam hausit ex Analectis *ad instit. p. 42.* §. *7. in f.* ubi etiam *p. 124.* §. *3.* illa exemplo declaratur, quod scilicet *expressè* emancipati ad inofficiosi querelam non admittantur, nisi litem ordinaverint per impetratam bonorum possessionem, benè autem *tacitè* emancipati. Verumenimverò cum taciti & expressi ubique eadem habeatur efficacia; nobis de usu hujus distinctionis tam diu dubitare licebit, donec contrarium probatum fuerit, cujus nuda assertio non sufficit. Si ergò tacitè emancipati admittuntur ad querelam, cur non etiam illi, qui per expressam emancipationem liberati à patria potestate. *Nov. 118. c. 5.* de successione ab intestato directè quidem loquitur, sed non *solummodo*; ex identitate rationis sublata ibi differentia inter suos & emancipatos ad quoscunque casus pertinet. Et si non pertineret, ex quo fundamento tacitè emancipati exciperentur?

LIB. I. TIT. VIII.

De Rerum divisione & qualitate.

DISTINCTIO I.

Inter Jus *in re* & *ad rem*.

Am-utilis est hæc distinctio, ut eandem fundamentum totius praxeos vocare d dubitem. Quid frequentius est in), quàm ut Actoribus exceptio non npetentis actionis opponatur, interdum rei veritate, interdum etiam sine genui- fundamento, & tamen nemo de validi- hujus exceptionis judicare potest, nisi naturam adlatæ distinctionis probè per- ctam habet. Advocatus ergò antequam :onficiendum libellum sese accingit, di- :nter examinet, ex quo fonte instituen- ıctio profluat. Actio nempe ex jure in)roveniens, ut rei vindicatio, hereditatis itio, actio confessoria, hypothecaria & jure canonico etiam remedium posses- ium ex *can. redintegranda. c. 3. qu. 1. con- quemcunque possessorem* competit, quam- nullum nobis cum eo negotium un-

quam intercesserit; è contrario autem actio personalis *ex contractu* proveniens *contra contrahentem solùm ejusque heredes* dirigitur, licet rem petitam non possideant, non verò contra tertium rei possessorem. Actio personalis *ex delicto* hactenus quidem cum actione ex contractu coincidit, quod contra tertium v. g. rei per furtum ablatæ possessorem, non competat, sed in persona delinquentis sit radicata quasi; in eo tamen ab illa recedit, quod *contra solum delinquentem* detur, *non verò* regulariter *contra ipsius heredes*, quippe qui facta defunctorum honesta, v.g. ex contractibus, præstare quidem tenentur, non verò inhonesta sive turpia. Duæ tamen sunt exceptiones, *nisi lis contestata fuerit*, & *nisi aliquid ex delicto ad heredes pervenerit*, tunc enim actio ex delicto proveniens etiam contra heredes locum invenit. Nota hic iterum exceptionem: Condictio furtiva indistinctè contrà heredes competit, *l.7. §.2.ff. de condict. furt.* Pertinet huc integer tractatus Illustr. Dn.Strykii *de actionibus forensibus investigandis & cautè eligendis*, ubi singula fusiùs proponuntur, quæ repetere limites brevis hujus tractatús non permittunt.

DI-

DISTINCTIO II.

Inter res *in commercio* & *extra commercium.*

USum hujus distinctionis ex ipsis statim vocabulis cognoscere licet. Circa res in commercio existentes quosvis contractus inire permissum est. Eæ verò, quæ sunt extra commercium, facultatem contrahendi non concedunt, §. *2. J. de inutil. stipul.* Et hinc licet quis rem sacram, religiosam, &c. bonâ fide & justô titulô acquisiverit, usucapioni tamen locus non est, §. *1. J. de Usucap.* Excipe, nisi immemoriali tempore eam possederit, v. Illustr. Dn. Stryk. *de act. invest. sect. 4. membr. 5. num. 180.*

DISTINCTIO III.

Inter *res sacras* & *ecclesiasticas.*

RES sacræ, ut modo dictum, non præscribuntur, nisi tempore immemoriali; bona autem ecclesiastica concurrentibus reliquis usucapionum requisitis 40. annis *Avth. Quas actiones C. de SS. Eccles.* Illæ non alienantur, nisi ob summam *necessitatem*, cujus exempla passim adferuntur, si pauperes alendi, captivi redimendi, &c. hæc verò ob *utilitatem* ecclesiæ quoque alienare permittitur, *c. 52. caus. 12. qu. 2.*

DISTINCTIO IV.
Inter res *mobiles* & *immobiles*.

HUjus distinctionis utilitas alia est de jure Saxonicô, alia de jure civili. In Saxonia maritus est heres mobiliaris uxoris, immobilia cedunt heredibus ab intestato; v. Richter *de success. ab intest. sect. 4. membr. 2.* Et ergô uxor de hisce mobilibus testari nequit, Carpz. *P. 3. C. 7. Def. 4.* Item in Saxonia alienatio rerum immobilium judicialiter fieri debet, nec non oppignoratio, v. Struv. *Jur. Rom. Germ. l. 2. tit. 35. §. 9.* secus in mobilibus. De jure Civili minorum bona mobilia alienantur solâ accedente Tutoris autoritate, in immobilibus decretum Judicis præterea requiritur, *t. t. ff. de reb. eor.* Maritus res dotales mobiles alienat quidem, sed non immobiles, *pro. J. quib. alien. lic.* In immobilibus attenduntur leges rei sitæ, in mobilibus statuta domicilii, quod præcipuè in concursu creditorum usum habet, v. Brunnem. *de Proc. Conc. Cred. c. 5. §. 68.* ubi exemplum. Immobilia liberant ab onere præstandæ cautionis, mobilia non *l. 15. ff. qui satisd. cog.* Venditis ædibus omnia debentur, quæ per destinationem patrisfamalias earum accessoria & sic etiam immobilia

bilia facta sunt, was Erd-Nied-und Nagelfest ist/Carpzov. *P.2. C.33. Def.20.* Mobilia præscribuntur triennio, immobilia decennio vel vicennio, &c.

Reliqui Tituli hujus libri I. de Magistratibus Romanis agunt, quos adeò cum Lauterbachio aliisque tutò præmittere licebit.

LIB. II. TIT. I.

De Jurisdictione.

DIST. I.

Inter Jurisdictionem *voluntariam* & *contentiosam*.

Voluntaria etiam à Judice incompetente & extra territorium exercetur. v.g. in insinuatione testamentorum, emancipatione, adoptione, &c. *v. l.2. ff. de Off. Procons.* & quos hîc allegat Lauterbachius; contentiosa nonnisi à Judice competente & intra territorium. Hæc quoque regulariter in loco judicii solùm expediri debet, voluntaria in quocunque loco, *v.* §.2. *J. de libert.* ubi de manumissione. Voluntaria exercetur in causa propriâ, *l.3. & 4. ff. de*

adopt. unde & Comites Palatini proprios ſpurios legitimare, item Nobiles coram propriis ſuis judiciis teſtamenta inſinuare omninò poſſunt; ſed quoad contentioſam nemo in cauſa propria Judex eſſe poteſt, ob præjudicium adverſario inde metuendum.

DIST. II.

Inter Jurisdictionem *ordinariam* & *extraordinariam*.

ACtus extraordinariæ jurisdictionis, v.g. Tutoris datio, ejus remotio, &c. olim non à quolibet Magiſtratu expediri poterant, ſed ſpecialiter obtinebantur; ſed hodiè ſecus, cum actus ordinariæ & extraordinariæ jurisdictionis in uno eodemque ſubjecto concurrant, conſentientibus omnibus DD. Ex quo conſequitur, uſum hujus diſtinctionis in praxi eſſe omninò nullum.

DIST. III.

Inter Jurisdictionem *perſonalem* & *realem* ſive *patrimonialem*.

PRior cum perſona expirat nec ad heredes transmittitur: poſterior tanquam feudi acceſſorium quemlibet ejusdem poſſeſſorem ſequitur. Prioris fœminæ non ſunt capa-

capaces ob *l.2.ff. de R.J.* benè tamen posterioris, eo scilicet casu, quando ipsius feudi successio ad easdem devolvitur, feuda enim juri Romano sunt incognita & propterea in jure feudali hactenus ad illud provocari nequit. Addendum & hoc est cum Dn. Beiero *in posit. ff. ad h.t.pos.21.* quod mulctæ & alia commoda jurisdictionis cedant ei, qui pollet Jurisdictione patrimoniali, non ei, qui habet jurisdictionem jure officii, als welcher Sie zu berechnen schuldig/ quamvis & hic interdum exceptio esse possit.

DIST. IV.

Inter *Facti cognitionem, s. nudam notionem, Jurisdictionem in specie* & *mixtum imperium.*

NUda notio Judicibus pedaneis competebat, *l.5.pr.ff. de re judic.* Jurisdictio autem ordinariis Magistratibus, quamvis & hujus diversi gradus erant, prout Magistratus vel major, vel minor erat. Hæc differentia hodiè sine dubio cessat, cum judices pedanei cessent & Magistratus nostri cum Magistratibus Romanis comparari nullo modô queant. Inter jurisdictionem & mixtum imperium ipsô jure Romano realis differentia non intercedebat, quia sem-

per conjuncta erant hæc duo, *v. l. 1. in f. l. fin. §. 1. ff. de Offic. ejus, cui mandat. est jurisd.* solâ ergò abstractione differebant, quia jurisdictio facultatem *decidendi*, imperium autem jus *exequendi* decreta denotabat, & ergò hodiè alius usus illi distinctioni adscribi nequit. Posset equidem fieri, ut adhuc hodiè alicui sola decidendi potestas sine imperio concederetur; sed hoc pertineret ad exceptiones, nos loquimur de eo, quod regulariter obtinere solet.

DIST. V.

Inter Jurisdictionem *propriam* & *mandatam*.

PRopriam exercet Judex vel ipse, vel per alium; at verò mandata alteri iterum mandari nequit, *l. fin. pr. ff. de offic. ejus, cui mandat. est jurisd.* quia personæ industria est electa. Excipitur communiter ab ipso Principe delegatus, *l. 5. C. de judic.* Porrò jurisdictio propria regulariter in omnibus causis obvenientibus exercetur, sed in mandata ad tenorem mandati est respiciendum, quò referri potest, quod de commissionibus dici solet, eas esse stricti juris, & non licere Commissariis limites commissionis

nis excedere, *c. 22. X. de Rescript.* Gail. *lib. 1. Obs. 35. num. 2. & 3.* Carpzov. *P. 1. C. 1. Def. 17.*

DIST. VI.
Inter Jurisdictionem *propriam* & *prorogatam*.

PRior iterum ad omnes causas sese extendit: posterior autem ad eam saltem causam restringitur, in qua prorogatio facta est. Ergò quando is, qui aliàs sub foro Academico est, coram Senatu oppidano sponte comparet ejusque jurisdictionem in hac causa prorogat, tunc Senatui quoad aliam causam in eundem civem Academicum invitum jurisdictionem exercere non est permissum. Ceterùm Statuum subditis hodiè jurisdictionem prorogare non licere cum aliis putat Lauterbach *h. t.* sed hanc opinionem nulli fundamento superstructam jam refutavit Illustr. Stryk. *us. modern. ff. h. t.* §. 24. *seqq.*

DIST. VII.
Inter Jurisdictionem *civilem* & *criminalem*.

MAximus hujus distinctionis usus sese exserit in iis locis, ubi alteri civilis, alteri criminalis jurisdictio competit, v. g. hic in Saxonia Nobiles interdum priori saltem

gaudent, posterior autem Præfectis, **denen Ambtleuten/Ambtschössern/** competit, ubi accuratè sciendum, quid ad alterutram referatur, ne alter alterius jura involet, quod sæpe maximis litibus occasionem præbet. Separandum autem hîc est jus Saxonicum à jure civili. In Saxonia non solùm lites civiles, sed & delicta leviora, v.g. **Haar rauffen/ Nasenbluten/ Maulschellen/ Zähnbluten/ so die Zähn nicht wackeln/** &c. ad civilem sive bassam pertinent, graviora autem ad altam seu criminalem, Carpz. *Prax. crimin. qu. 109. n. 26. 27. 28.* Extra Saxoniam verò nullæ causæ criminales ad jurisdictionem inferiorem referuntur, Illustr. Dn. Stryk *d. l.* §. *8.* Notat tamen & ipse Carpzovius *loc. cit. n. 38.* hîc ante omnia ad consuetudinem uniuscujusque loci respiciendum esse. Pertinet huc, quod ensis in rixa evaginatus, si nemo vulneratus fuerit, ad judicem inferiorem; si verò vulneratio secuta, ad superiorem pertineat, Carpz. *l. c. n. 52.*

DISTINCTIO IIX.

Inter Jurisdictionem *ecclesiasticam* & *secularem.*

Quia apud Pontificios causæ ecclesiasticæ Principum cognitioni de facto sunt

ſunt exemtæ; hinc apud eos maximum momentum in hac diſtinctione poſitum eſt. Apud nos ejus uſus hàc ratione ſeſe exerit, ne judex ſecularis Conſiſtoriorum juribus aliquid detrahat. Conſiſtoria tamen ea etiam ſibi arrogare non debent, quæ ad jus circa ſacra pertinent, v. gr. quando de tolerantia eorum agitur, qui diverſæ religioni ſunt addicti, &c. hæc enim ipſe Princeps per Conſiliarios intimos expedit.

LIB. II. TIT. II.

De in jus vocando.

DISTINCTIO I.

Inter *in jus vocationem Romanam & hodiernam.*

IN jus vocatio Romana fiebat privatâ autoritate & adverſarius comparere recuſans obtortô collô ad Prætorem rapiebatur, v. *Fragm. LL. XII. Tabb. Tit. 7. ibique Gothofr. in not.* unde parentes, omnesque Perſonas, quibus reverentia debetur, in jus vocare ſine veniæ impetratione non licebat, *l. 2. 4. 6. ff. h. t.* nec de domo ſua aliquis extrahi poterat, *l. 18. & 21. eod.* hodiè autem

rem, quia omnis citatio autoritate judicis suscipitur & sic reverentiam non lædit, omnia illa cessant, citationes in domibus rectè insinuantur & contumaces per ministros Judicis ex domo quoque extrahi possunt. Ineptè ergò in ejusmodi casibus ad Leges Romanas provocatur, cum & hic sine dubio locum habere debeat illud tritum: mutationem status involvere mutationem juris. Et citatio privatâ autoritate facta nullum omninò effectum post se trahit.

DISTINCTIO II.
Inter Citationem *verbalem* & *realem*.

VErbalis regulariter obtinet; sed ad realem Judex inconsulto provolare non debet, quia illa famam citati apud honestos viros suggillat, unde cauti judices, si indicia non adeo liquida sunt, ante omnia à Collegio juridico quodam informationem petere solent, ob die indicia zulänglich seyn/ daß zur Hafft geschritten werden könne? aliàs enim Judex nimium facilis actione injuriarum conveniri potest. Et huic quoque actioni tunc locus est, quamvis aliquis delictum atrox commiserit, quod tamen ad cognitio-

nem

nem judicis incarcerantis non spectat, multa enim hîc sub prætextu quidem publicæ utilitatis, reverà tamen ex privato affectu suscipiuntur, cui probus Judex indulgere non debet. Interim ubi *Jus Cambiale* receptum est, ibi facilius ad capturam pervenitur.

DISTINCTIO III.

Inter Citationem *privatam & publicam seu Edictalem.*

IDem hîc monendum venit. Ad citationem namque Edictalem Judex etiam non facilis esse debet, quoniam per eandem quoque fama citati aliquod detrimentum patitur. Unde si Judex hîc excessum committat, eadem, de quibus modò dictum, remedia contrà ipsum locum invenient. Item appellationi locus est, Gail. *1. obs. 57. num. 1.* Tunc ergò saltem decernitur, quando privata effectum suum sortiri nequit, e. g. in fugientibus & latitantibus, v. g. in causa malitiosæ desertionis, commissi criminis, &c. Item, ob multitudinem citandorum, v. g. in concursu creditorum, sed tunc saltem indefinitè an alle und jede des Titii Creditores concipitur citatio, conf. Mev. *P. 1. Dec. 285. & P. 3. Dec. 415.*

DI-

DISTINCTIO IV.

Inter Citationem *immediatam* & *mediatam* sive *subsidialem*.

USus se in modo insinuandi exserit, immediatam ipse Judex insinuari curat, vel etiam Actor, v. g. Senatus Hallensis Civibus suis, quod de regimine etiam procedit, hoc enim quia in caussis appellationum competentem jurisdictionem exercet, hinc etiam, ut Senatus subsidio in illis caussis utatur, opus non habet. Secus est intuitu Academiæ, item si Senatus Hallensis Civi Lipsiensi citationem insinuari juberet, hæc enim nullum post se traheret effectum, nisi auxiliô Senatus Lipsiensis implorato, quippe qui autoritate sua interpositâ pondus citationi addere debet. Consistoria in caussis Ecclesiasticis in toto territorio jurisdictionem exercent, ergò etiam in iisdem nullius subsidio indigent. Ita si alter civilem, alter criminalem in eodem locô exerceat jurisdictionem, neuter alterius opem implorat, uterque enim pro diversitate caussarum est judex competens. Et hæc pertinent ad illustrationem eorum, quæ Lauterbach hac de materia tradit *sub hoc tit.* v. Franzk. *l.* 1. *resol.* 8. *n*, 15. Carpzov. *l.* 3. *Resp.* 23. DI-

DISTINCTIO V.

Inter Citationem *dilatoriam* & *peremptoriam.*

IN dubio potius dilatoria præsumitur citatio, quam peremtoria, hæc ultima enim ad exclusionem juris tendit, ad quam statim procedere voluisse Judex non est censendus. Quod si quis ergò emansit dilatoriè citatus, in expensas quidem condemnari potest, ad privationem ipsius juris autem non statim devenitur, quod secus in peremtoria. Quamvis verò in multis locis, v. g. in Saxonia, Ducatu Luneburgensi, in Pomerania, &c. statutum sit, ut omnes citationes peremtoriè fiant; hoc tamen tunc observandum, quod ejusmodi citatio spatium trium dilatoriarum in se contineat, v. Brunnem. *Proc. Civ. C. 3. n. 29. 30. 31.* Imò quando de privatione juris agitur, una pro pluribus non sufficit, Mindan. *de Mandat. l. 1. c. 2. num. 21.* Unde scio, in Saxonia neminem haberi pro confesso & convicto, nisi iterata citatio sub expressa comminatione confessi & convicti præcesserit.

LIB. II. TIT. III.
Qui ſatisdare cogantur &c.

DISTINCTIO I.

Inter Cautionem *fidejuſſoriam*, *pignoratitiam* & *juratoriam*.

UBicunque olim Leges ſatisdationem requirebant, ibi eadem fidejuſſoribus præſtanda erat, nec pignora regulariter ſufficiebant, quia habent certam æſtimationem, condemnatio autem & ſic futura ſolutio incerta adhuc eſt, *l. 1. ff. h. t. l. 7. ff. de prætor. ſtipul.* quam *l. 7.* Gothofredus *in not. ad eand.* minus rectè explicat, ac ſi pignora quidem ſufficiant, Actor autem ad ea danda invitus compelli nequeat. Hodiè verò perinde eſt, ſive fidejuſſoribus, ſive pignoribus aliquis caveat, modò pignora eam habeant æſtimationem, ut illud, in quod probabiliter condemnandus eſt reus, exinde ſolvi poſſit, tunc enim reverà locum habet, quod vulgò dicitur: plus cautionis in re eſſe, quàm in perſona, v. Carpzov. *P. 1. C. 5. D. 7.* & quos citat illuſtr.

Illustr. Stryk. *Us. mod. h. t.* §.8. Ad juratoriam cautionem nemo admittitur, nisi sit probæ existimationis & non suspectus de fuga, Zanger. *de Except. P. 2. C. 21. n. 48.* Carpz. *d. l. n. 2.* Addunt nonnulli etiam nude promissoriam in illis, qui immobilia possident, sed hæc non est cautio, sed potius relevatio à cautionis præstatione.

DISTINCTIO II.

Inter Cautionem *judicialem* & *extrajudicialem*: *civilem* & *prætoriam*.

HÆc usum aliquem non præstat, nisi ut diversi casus præstandæ cautionis, item causa efficiens ejusdem distinctè concipiatur. Modus enim præstandi cautionem ubique idem est.

LIB. II. TIT. XII.

De Feriis & Dilationibus.

DISTINCTIO I.

Inter Ferias *divinas* & *humanas*.

ACtus in feriis divinis s. festis, mobilibus sive immobilibus, susceptus nullitate laborat, licet partes hisce

 feriis

feriis renunciaverint, *c. fin. X. h. t.* unde contra sententiam vel Decretum die dominica vel alio die festo promulgatum appellatione vel Leuteratione opus non est, sed querela nullitatis competit. Quantum verò ad humanas ferias attinet, partes iisdem omnino renunciare possunt, sive sint urbanæ, sive rusticæ, inter eas enim hactenus non est differentia, *d. c. f. X. h. t.* & tunc id, quod gestum est, eatenus subsistit, ut is, qui se gravatum putat, remedia suspensiva adhibere teneatur. Permittuntur tamen in feriis divinis actus voluntariæ jurisdictionis, & ubi periculum in mora, v. g. in tumultu, si pax publica læditur, *l. 10. C. h. t.* quò pertinet etiam casus *l. 3. h. t.* vid. *c. 3. X. eod.* In feriis humanis quæcunque causæ criminales peraguntur & ubi aliàs periculum in mora est, v. Lauterbach *h. t. ibique alleg.*

DISTINCTIO II.

Inter Ferias *urbanas* & *rusticas*.

Rusticæ omnibus prosunt, etiamsi messe aut vindemiâ non sint occupati: urbanæ autem ad solos mercatores pertinent, non verò ad reliquos cives, v. Gothofr. *ad l. 1. pr. ff. h. t.* Carpzov. *P. 1. C. 3. Def. 32* it. *Const. 30. Def. 24.*

DI-

DISTINCTIO III.

Inter Ferias *ordinarias* & *repentinas.*

FEriis humanis ordinariis renunciare pro lubitu possunt partes ex principiis vulgaribus; at verò licet omnibus renunciaverint, hoc tamen ad repentinas non extenditur, Lauterb. *hic.* Nicolai *de Process. P. 1. c. 3. num. 37.* renunciatio enim ad non cogitata nec prævisa non extenditur.

DISTINCTIO IV.

Inter dilationem *citatoriam*, *deliberatoriam*, & *probatoriam.*

DEliberatoria hodiè non amplius datur, postquam libellus eique adjuncta documenta statim cum citatione adversario transmittuntur & sic illa ipsi citatoriæ jam inest, *v. Rec. Imp. noviss.* § diesem nächst *34. in fin.* Putat quidem B. Brunnem. *in Proc. civ. c. 3. n. 13.* tunc eam adhuc hodiè peti posse, si libellus non fuerit communicatus; sed ad hoc nemo adstringitur, quin potius eô casu exceptio non communicati libelli meliori jure opponitur. Remanet itaque citatoria & probatoria, de quibus notandum, quod probatoria semper sit peremtoria, non autem citatoria, *v.* Gail. *l. 1. Obs. 91. num. 1.*

DIST. V.

Inter Dilationem *legalem, conventionalem* & *judicialem*.

USus hic nullus eſt, niſi ut diverſa harum dilationum cauſa efficiens cognoſcatur. Hoc unicum ſaltem notandum, quod ea ſpecies legalis dilationis, quæ ad interponendam appellatioeem aliaque remedia ſuſpenſiva conceditur, à Judice prorogari nequeat, quod ſecus eſt in reliquis, Illuſtr. Stryk. *introd, ad prax. c. 23 §. 5.*

DIST. VI.

Inter Dilationem *primam, ſecundam* & *tertiam*.

DIlationes, quia ad defenſionem non parùm conferunt, merito favorabiles habentur; ſed ſimul tamen, quia optima etiam remedia abuſui ſunt obnoxia, Judex in iis concedendis debitam circumſpectionem adhibere debet. Fluit hinc uſus Practicus adlatæ diſtinctionis. Scilicet prima dilatio ad nudam ferè impedimenti allegationem conceditur, Carpz. *de Proceſſ. tit. 13. art. 1. num. 65. ſeqq.* ad ſecundam non æquè facilis eſſe ſolet Judex, niſi impedimentum

summariè doceatur: tertia (olim quarta) non conceditur, nisi cum solennitate legali, id est, præstitô juramentô calumniæ accedente causæ cognitione, *v. Recess. Imp. noviss.* §. den *punctum probationis.50.* Brunnem. *Proc. Civ. C.6. num. 9. seqq.* & si Procurator eam petit, speciale mandatum requiritur ab omnibus litis consortibus subscriptum, Mev. *P.5. Dec.391.*

DIST. VII.

Inter *prorogationem* & *dilationem.*

USum distinctionis post *Recess. Imp. noviss.* §. *50.* in eo ponit Illustr. Stryk. *us. mod. ff. h. t.* §. *19.* quod prorogatio termini semper ante ejus lapsum sit petenda, secunda autem dilatio etiam primâ elapsâ impetrari queat, idque propter verba *d. Recess.* daß nach Verfließung des ersten *termini probatorii* oder ersten *dilation* die zweyte *dilation* ertheilet werde; Praxis tamen hîc est in contrarium, ut idem Vir illustris notat, juxta quam etiam secunda dilatio ante lapsum primæ petenda erit.

LIB. II. TIT. XIII.
De Edendo.

DIST. I.
Inter Libellum *simplicem* & *articulatum*.

PRior ubique admittitur, posterior non item, quippe qui in Saxonia, nec non in Camera Imperiali semper rejicitur, idque propter multas disputationes, quæ super relevantia aliisque articulorum qualitatibus oriri solent, *Rec. Imp. noviss.* §. diesemnächst nun *27.* & §. zu Beforderung *59.* Berlich. *P. 1. Concl. 12. num. 3.* Carpz. *P. 1 Cnst. 2. Def. 1.* Mores Provinciarum extra Saxoniam variant.

DIST. II.
Inter Libellum *civilem* & *criminalem*.

LIbellus civilis speciali petito opus habet, aliàs tanquam ineptus rejicitur, ast in criminalibus generalis sufficit, den angeklagten denen Rechten nach mit gebührender Straffe anzusehen/ v. Wesenbec. *Parat. ff. de accusat. num. 12.* Criminalis adhuc articulatus esse so-

ſolet, civilis non, Illuſtr. Dn. Stryk. *introd. ad prax. forenſ. c. 7. §. 2.*

DIST. III.

Inter Libellum *ordinarium* & *ſummarium.*

IN utroque requiritur facti narratio & petitum ſpeciale, differunt tamen in eo, quod ordinarius ſemper in ſcriptis offerri debeat, ſummarius non item, *Clem. ſæpe. de V. S.* & quod in ſummario non attendatur ineptitudo forſan admiſſa, modò conſtet quadantenus, quid Actor velit, Scaccia *de Judic. lib. 1. c. 50. num. 16.* Brunnem. *Proc. civ. c. 8. num. 13.* nec puto in ſummario omnibus clauſulis opus eſſe, quæ libello ordinario ex conſuetudine locorum inſeri conſueverunt.

DIST. IV.

Inter Libellum *Conventionalem* & *Reconventionalem: primæ* & *ſecundæ inſtantiæ.*

HAs ſpecies non aliter, niſi ratione diverſarum cauſarum & inſtantiarum, differre puto. Quantum enim ad eſſentialia libelli pertinet, hæc ubivis eôdem modô obſervari debent.

DIST. V.

Inter causam petendi *proximam* & *remotam*.

USus distinctionis non exiguus deprehenditur circa libellum ritè formandum, adeoque verè practicus. Scilicet actiones institutæ vel superstruuntur juri in re, vel ad rem, & propterea sunt vel reales, vel personales. In realibus causam proximam (sive generalem, ut aliqui malunt) exprimere sufficit, v. g. in rei vindicatione, *quia sum dominus:* in hereditatis petitione, *quia sum heres:* in confessoria actione, *quia mihi servitus est constituta:* in hypothecaria, *quia mihi res oppignorata:* in interdictis retinendæ vel recuperandæ possessionis, *quia sum vel fui in possessione.* Ast in personalibus causam remotam (seu specialem juxta alios) adducere oportet. Ergò non sufficit, si dicam: *Peto Titium condemnari, quia mihi centum debet ex contractu, vel delicto*; sed ita medius terminus formandus: *quia mihi centum debet ex mutuo, ex emto, ex locato, societate, &c.* item *quia me injuriis affecit, quia damnum mibi intulit, rem mibi furto abstulit;* &c. Hæc ita quoad regulam juris. Quod si enim de pruden-

tiæ

tiæ regulis solliciti sumus, in realibus quoq; utile est, ut causa remota inseratur libello, *v. g. sum Dominus ex præcedente emtione, donatione: sum heres ex pacto, ex testamento, ab intestato: constituta mihi est servitus per contractum emtionis, donationis, in testamento: oppignorata mihi est res propter mutuum, propter residuam partem mercedis, &c.* quamvis enim tunc causam illam remotam forsan probare nequeam, ad aliam tamen reverti possum, e. g. dixi me esse dominum ex emtione, sed succubui in probatione; possum me dicere dominum ex donatione, permutatione, &c. & processum denuò inchoare, exceptio enim rei judicatæ mihi non obstat, quoties ex nova causa ago. Ast si libellum generaliter formavi, solam causam proximam adducendo & tamen probare non potui, sed alter absolutus fuit; tunc si de novo agere velim, exceptio rei judicatæ mihi obstat, quia omne jus meum jam semel in judicium deduxisse videor, v. Obrecht *de libell. c. 11. n. 68. 70.* Brunnem. *de Proc. civil. c. 5. num. 6.*

DIST. VI.

Inter *mutationem* & *emendationem* libelli.

PRior fit in ipsis substantialibus libelli, v. g.

 in

in causa petendi: posterior saltem in accidentibus, v. g. circa quantitatem petitam. Prior permittitur solummodò usque ad litis contestationem, posterior verò usque ad sententiam ipsam, seu, quod rectius videtur, usque ad causæ conclusionem, Mev. *ad Jus Lubec. P. 5. tit. 3. Art. 1. n. 5. & 6.* Illustr. Dn. Stryk. *introd. ad prax. for. c. 7. §. 12.* in Saxonia usque ad præstitam guarandam libellum mutare licet, Zanger. *de Except. P. 2. C. 21. n. 70.* Ceterùm observavi, multos DD. vocabula *emendationis* & *mutationis* promiscue sumere & sic nec emendationem post litem contestatam permittere, v. Mev. *d. l. item num. 1.* à qua tamen confusione meritò abstinendum.

DIST. VII.
Inter Libellum *generalem* & *specialem*.

POsterior regulariter locum habet, prior non, nisi in actione universali, v. g. hereditatis & dotis, pro socio, tutelæ, &c.

DIST. IIX.
Inter Libellum *simplicem* & *alternativum*.

Posterior non admittitur, nisi in obligatione alternativa, v. g. si ex *l. 2. C. de resc. vend.*

vend. agitur, item in caufis mercatorum & criminalibus, v. Lauterbach. *b. t.*

Lib. II. Tit. XIV.

De Pactis.

Cum apud omnes, ni fallor, in confeffo fit, ea quoque pacta, quæ apud Romanos nuda vocabantur, firmam producere obligationem & actionem; hinc inutile effe cenfeo, ut omnes pactorum diftinctiones, quas Lauterbachius, Franzkius, aliique plures magno conatu adferunt, in fpecie percurramus. Nobis hoc unicum dixiffe fufficiat, in ufu praxeos nihil intereffe inter pacta nuda, legitima, adjecta in continenti & ex intervallo, b. f. aut ftricti juris contractibus, item five aliquid mutent circa effentialia aut naturalia contractuum. Item nullam effe in effectu differentiam inter reales, confenfuales & verbales, nominatos & innominatos contractus. De Chirographario ad titulum de rebus creditis dicemus. Ceffat quoque differentia inter contractus b. f. & ftricti juris, quia judicem pedaneum, cujus intuitu illa differentia obtinebat, amplius non habemus. Eam tamen,

men, quæ inter veros & quasi contractus intercedit differentiam adhuc omninò agnoscimus, quia in quasi contractibus etiam illi, qui consentire nequeunt, ut furiosi, pupilli, &c. ex æquitate obligantur ex consensu non tacito, sed præsumto sive ficto, quamvis hæc duo à nonnullis malè confundantur. Conf. hic Excell. Dn. Thomasius *in Disp. Lips. de Philosophia Juris Cap.* 3. §. 131. *seqq.* & Exc. Dn. Joh. Sam. Strykius *in pecul. Diss. de Processu Juris Romani antiquo passim.* Distinctio denique inter pacta judicialia & extrajudicialia peculiarem usum non præbet, cum utraque eandem vim obligandi habeant, nisi forsan dicere velis, judicialia majorem pro se justitiæ præsumtionem habere, quam extrajudicialia, sed tamen & hæc in dubio justa præsumuntur.

LIB. II. TIT. XV.

De Transactionibus.

Distinctio inter transactiones, quæ fiebant nudô pactô, stipulatione & per contractum innominatum, magnum in praxi fori Romani usum habebat, sed apud nos ex modô dictis *ad tit. præced.* suâ sponte corruit.

DI-

DIST. I.

Inter Transactionem super delictis *capitalibus* & *non capitalibus*, *publicis* & *privatis*.

Super capitalibus transigere indistinctè licet, ita ut nec accusator propterea pœnam incurrat, nec reus crimen confiteri videatur, *l. 18. C. h. t. l. 1. ff. de prævaricat.* Secus in non capitalibus, ubi actor transigens tanquam falsarius & reus tanquam confessus punitur, *dd. LL.* In privatis eadem pœna reo transigenti dictatur & infamiam per consequens incurrit, *l. 4. §. 5. & LL. seqq. ff. de his qui not. infam.*

LIB. III. TIT. I.

De Postulando.

DISTINCTIO I.

Inter Advocatos *privatos* & Advocatos *Fisci*.

ADvocato Fisci certum salarium à Principe constitui solet, quo pertinent etiam illi, qui causas domaniales respiciunt, die Cammer-Advocaten/ Cammer-Consulenten,

ten, &c. Secus est in Advocatis privatis, qui de honorariis à Clientibus ipsis oblatis unicè vivunt. Advocatus Fisci non jurat de calumnia, Gail. *1. Obs. 90. num. 4.* benè tamen Advocati privati, §. *1. J. de pœn. tem. litig. Rec. Imp. noviss.* §. über dieses. Advocati Fisci excusantur à Tutela, § *a. J. de Excusat. Tutor.* quod privilegium privatis etiam Advocatis indultum esse nullibi in jure deprehendo. Reliqua, e. g. quod sportulas non solvat, &c. magis sunt privilegia Fisci, quàm ejus Advocati.

DIST. II.

Inter Advocatos *ordinarios & supernumerarios.*

DIstinctio hæc aliàs manifestum habet usum, quando ad illa officia applicatur, quæ certum salarium annexum habent, tunc enim supernumerarii à perceptione ejusdem excluduntur. Ast inter Advocatos ne ordinarii quidem salarium percipiunt, ergò hæc differentia sine dubio cessabit. Et cùm in illis foris, quæ mihi cognita sunt, supernumerarii non minus quàm ordinarii ad suscipienda causarum patrocinia admittantur; hinc nullum fortassis usum habebit adlata distinctio, nisi ut Advocati di-

diversò titulò ab invicem discernantur. Titulô enim *Advocati ordinarii* admodum delectantur nonnulli homines etiam in iis locis, ubi tamen nec ordinarii, nec extraordinarii deprehenduntur.

LIB. III. TIT. II.

De his, qui notantur infamia.

DISTINCTIO I.

Inter infamiam *juris* & *facti*.

USus in eo latet, (1) quòd infamia juris à lege etiam propter *unicum* factum irrogetur, unde qui semel furtum, rapinam, falsum, &c. committit, eandem jamdum incurrit; sed infamia facti *plures* actus requirit. Hinc qui semel ebrius est, nondum notatur à gravibus viris, sed qui ebriosus: non filius, qui semel reverentiam patri denegat, sed qui pertinax: non mercator, qui semel lautè vivit, sed qui lautè vivendô maximam partem substantiæ suæ consumit, &c. Deinde (2) usus se exse-

exſeritratione probationis. Infamia juris per duos teſtes probatur: ſed ad probandam infamiam facti plures requiruntur, qui dicant, ſe à pluribus ac majore parte viciniæ, & non unô tempore, neque locô, ſed ſæpius audiviſſe, hunc hominem malè audire apud honeſtos viros, quamvis ad cauſam infamiæ facti probandam duos quoque ſufficere ſtatuant, v. Weſenbec. *Parat. ff. h. t. num. 7.* Brunnem. *in Repet. parat. h. t. qu. 37.* Denique (3) diverſitas in effectu ſeſe oſtendit. Infamia enim juris etiam à dignitatibus ſuſceptis infamem removet, & teſtimonio ejus omnem planè fidem detrahit: infamia autem facti arcet ſaltem à dignitatibus ſuſcipiendis & à teſtimonio ferendo non planè repellit, ſed fidem teſtimonii ſolùm minuit, v. quos allegat Lanterb. *h. t.* Hoc quoque addi poſſe videtur, effectum infamiæ juris eſſe perpetuum, *l. 43. §. 4. ff. de rit. nupt.* infamiæ facti autem temporalem. Hinc qui ebrioſus, pertinax, prodigus fuit, ſi poſteà ad ſanos mores revertitur, nullâ amplius labe adſpergitur, unde communiter dicere ſolent: Er hat ſich bekehret.

DIST.

DIST. II.

Inter infamiam *immediatè ab ipsa Lege*, & per *sententiam Judicis* irrogatam.

USus hic est, quod in casu posteriori quamdiu cognitio de Delicto alicui imputato adhuc pendet, omnia pristina jura ei conserventur, & sic quidem suspensio interdum ob gravia indicia, nunquam autem ipsa remotio decerni soleat & debeat, quod secus est in priori casu ob delicti notorietatem.

DIST. III.

Inter *infamiam* & *levis notæ maculam*.

PRior ex turpi, id est, Legibus prohibito facto oritur, posterior saltem ex vili & sordido, imò interdum sine omni facto, e. g. in spuriis, incestuosis & adulterinis liberis. Ceterùm eosdem effectus producit, quos infamiæ facti tribuimus, v. Illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterbach. h. t. in f. verb. De effectu.*

LIB. III. TIT. III.
De Procuratoribus & Defensoribus.

DISTINCTIO I.
Inter Procuratorem *principalem* & *substitutum*.

PRioris facta præstare tenetur Dominus, non autem posterioris, nisi potestas substituendi Procuratoris principalis mandato inserta fuerit, v. Carpzov. *de Process. tit. 5. art. 5. num. 5. & 6.*

DIST. II.
Inter *Verum* & *quasi* Procuratorem.

VErus Procurator expresso mandato instructus est & sic de rato non cavet; quasi Procurator autem præsumtionibus aliquibus nititur, quibus Judici fidem facit, sibi esse commissum mandatum & proptereà cautionem interponit, *l. 40. §. ult. ff. & l. 21. C. h. t.* Unde non quilibet quasi Procurator esse potest, sed saltem parentes & liberi, *l. 35. pr. ff. h. t.* fratres, *d. l. 35. pr.* affines descendentes & adscendentes, nec non collaterales usque ad secundum gradum: mari-

maritus ratione receptitiorum: consortes litis post lit. contestationem: qui instrumenta ad causam pertinentia secum habet, v. alleg. à Lauterbach. *h. t.*

DIST. III.

Inter *Advocatum* & *Procuratorem*.

IN multis quidem locis Advocati simul Procuratoris munere funguntur; in multis tamen aliis hæc officia distinctè ab invicem separantur, v. g. in Curia suprema Lipsiensi, in Camera Imperiali, & alibi, & proinde, quamvis interdum utrumque officium in una eademque persona concurrat, duplici tamen juramento opus est. Advocatus scripta conficit inque iisdem jura Clientis deducit, item in judicio verba facit: Procurator *sollicitat*, (unde in Pomerania etiam die Sollicitanten nihil aliud sunt, quam Procuratores) fatalia observat, Advocatum in facto informat, &c. Et hinc, si accuratè proceditur, Advocatus mandatô non habet opus, sed Procurator. De Jure Romano Advocati salarium peculio quasi castrensi accensebatur, *l. 4. C. de advoc. di-judicior.* Procuratoris non item. Sed hæc differentia in Procuratoribus summorum Tribunalium hodiè cessat, quippe qui eandem

dem ferè cum Advocatis dignitatem habent, unde etiam alia privilegia, quibus ratione salarii gaudent Advocati, ad tales Procuratores hodiè erunt applicanda, vid. Bachov. *ad Treutler. Disp. 9. th. ult. lit. D.* Brunnem. *add. l. 4.* Corruunt simul quoque aliæ differentiæ. Jure Romano officium Procuratoris vile & abjectum erat & hinc infamis admittebatur, prout colligunt ex §. *f. J. de Except.* Hodiè honorabile admodum est illud officium & sic infames excluduntur, v. Hahn *ad Wesenbec. h. t. num. 4.* Olim non compellebantur inviti Procuratores ad præstandum officium, quippe quod merè privatum erat, *l. 8. §. 1. ff. h. t. l. 17. C. de Procur.* Hodie secus, Illustr. Dn. Stryk. *Us. mod. ff. h. t. §. 19. 20. 21.* Gail. *l. 1. obs. 43. n. 7. & 8.*

DIST. IV.

Inter *Procuratorem* & *Defensorem.*

DEfensor absentem sine mandato in judicio defendit & hinc ad satisdationem est adstrictus, *l. 46. §. 2. ff. h. t.* quæ omnia secus se habent in Procuratore. Non tamen ea, quæ diximus, ad hodiernos *Defensores* inquisitorum applicanda, quippe qui non satisdant. Nec ad Procuratores

Reo-

Reorum in civilibus, qui etiam defensores vocari solent.

DIST. V.

Inter Procuratorem *cum libera* & *sine libera*.

MAximum communiter hujus distinctionis usum in praxi esse adferunt, cùm Procurator cum libera (qualis dicitur, si hæc clausula mandato inserta est: Ich gebe meinem Anwald freye Macht und Gewalt/alles dasjenige bey dieser Sachen zu verrichten/was ich selbst/wenn ich zugegen wäre/ verrichten könte oder wolte/) omnia facere queat, ad quæ expedienda aliàs speciale mandatum requiritur, quem in finem allegant *c.* 4. *de Procurat. in* 6. Covarruv. *lib.* 1. *resolut.* 6. *n.* 3. Verum enim verò si res paulò accuratius inspiciatur, prætensus iste usus se neutiquam exserit. Clausula enim illa nihil certi determinat, quod tamen in rebus magni momenti fieri debet, sed semper quæstionem præjudicialem probandam relinquit: an Dominus hoc facere *voluerit?* quod enim *potuerit*, nondum sufficit, quoniam ea duo: *posse* & *velle*, copulativè requiruntur. Nihil ergò interest, an sit mandatum cum, an sine libera, Illustr. Dn. Stryk. *Caut. contr. Sect.* 2.

 c. 11.

c. 11. §. *4.* Suendendörff. *ad Processf. Fibigii c. 2.* §. *6. num. 138.* qui & hanc formulam nullius momenti esse dicit: Solte auch meinem Mandatario mehrere Gewalt/ als hierinnen ausdrücklich begriffen/ von nöthen seyn/ will ich ihm solche auch in denen casibus, welche ein Special Mandat erfordern/ gegeben und mitgetheilet haben.

DIST. VI.

Inter Procuratorem *in rem suam* & *in rem alienam*.

POsterior solummodò est Procurator propriè sic dictus, prior autem est cessionarius, quem Romani ideò Procuratorem appellabant, quia cedens etiam post cessionem jure subtili manebat creditor, quandoquidem obligatio primitus acquisita ossibus inhæret & ab iisdem separari nequit. Usus interim in eo sese exserit; Commodum litis non pertinet ad posteriorem, quippe qui salario suo pro opera præstita contentus esse debet; benè tamen ad priorem. Prior potest substituere, non posterior. Prioris potestas non expirat morte mandantis, benè tamen posterioris. Prior non indiget speciali mandato etiam in rebus maximi momenti, v. g. in juramenti delatione, transactione, &c. posterior au-

autem sine speciali mandato talia non suscipit.

DIST. VII.

Inter *Procuratorem* & *Actorem*.

PRocurator à Domino constituitur, *l. 1. pr. ff. h. t.* Actor verò à Tutore vel Curatore ante litis contestationem, qui tunc litis nondum sunt Domini, *l. 11. C. de Procur.* In judiciis nostris, Saxonicis præcipuè, vocabulū Actoris adhuc quidem frequentatur, unde dicere solent: Titius erscheinet *actorio nomine* und *legitimiret* seine Person durch beykommendes *Actorium*; sed in effectu differentiam inter Actorem & Procuratorem non deprehendo, ille enim plus expedire non potest, quam hic, & vice versa. Ad hoc ergò saltem proderit adlata distinctio, ut linguam Eruditorum intelligamus.

DIST. IIX.

Inter Procuratorem *ante* & *post litem contestatam*.

PRocurator jure Romanō post litem contest. fiebat Dominus litis, unde sibi ex sententia acquirebat actionem directam: jus suum ad heredes transmittebat: substituebat: non poterat ejus mandatum revocari, & in ipsius personam sententia concipiebatur;

 quæ

quæ omnia ante litem conteſtatam ſecus ſeſe habebant. Verum enim verò cum omnes illi effectus & ſic quoque ipſum litis Dominium ſine dubio apud nos ceſſent, prout multis probavit Schilter *Exerc. 10. th. 43. ſeqq.* & ipſa praxis hoc loquitur; hinc quoque uſum adlatæ diſtinctionis practicum adhuc hodiè eſſe non exiſtimo. Conf. Dn. Beyer *in Poſit. ff. h. t. poſ. 71. ſeqq.* qui Schilteri mentem ſummatim exhibet.

Lib. III. Tit. IV.

Quod cujusque univerſitatis nomine vel contra eam agitur.

DISTINTIO I.

Inter *Syndicos & Procuratores.*

Syndicus à tota univerſitate tanquam perſona morali conſtituitur: Procurator a perſona phyſica. Syndicus in dubio ad omnes lites conſtitutus eſſe cenſetur: Plures in ſolidum dati exiſtimantur: ad mandatum Syndici non requiritur ſubſcriptio cònſtituentium, ſed ſolùm ſigillum publi-

publicum sufficit; quæ omnia in Procuratoribus secus se habent, v. Berlich. *Pa. Concl. 14. n. 99.* Schilter. *Ex. 10. th. 50. seqq.* Klock. *Vol. 2. Cons. 52, n. 117. seqq.* Syndicatum aliquis invitus suscipere tenetur, non verò aliud mandatum, v. Lauterb. *h. t.* qui quidem cum aliis allegatis hanc quoque differentiam addit, quod Syndicus sit instar Procuratoris cum libera & sic plus potestatis habeat, quàm alius Procurator; verùm quia distinctionem inter Procuratorem cum & sine libera jam rejecimus *tit. præced. Dist. V.* ergò illa quoque differentia cessabit. Et quid? Lauterbachius dicit, Syndicum propterea transigere posse, & tamen *ad tit. de Transact.* contrarium asseruerat.

Lib. III. Tit. V.

De Negotiis gestis.

DISTINCTIO I.

Inter *Negotiorum gestorem & Procuratorem.*

Procurator scientis & mandantis; Negotiorum gestor ignorantis negotia expedit. Procurator in judicio

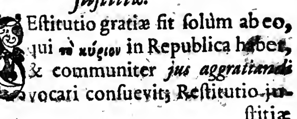
dicio & extra illud intervenit: negotiorum gestor in judicialibus non datur, sed tunc qui absque mandato absentem defendit, *defensor* vocatur. Procurator pro eo saltem intercedit, qui mandare potest: sed negotiorum gestor etiam pro mente capto, furioso, pupillo, eosdemque ad impensas restituendas firmiter obligat, *l. 3. §. 5. ff. h. t.* ne scilicet locupletiores fiant cum alterius damno, *l. 6. pr. l. 37. pr. ff. h. t.* Hæc enim est natura consensus præsumti sive ficti, ut eos etiam obliget, qui aliàs sine Tutoris vel Curatoris consensu obligari nequeunt, v. quæ diximus suprà *ad tit. de pactis.*

LIB. IV. TIT. I.

De in integrum restitutione.

DISTINCTIO I.

Inter Restitutionem *Gratiæ* & *justitiæ.*


Estitutio gratiæ fit solùm ab eo, qui τὸ κύριον in Republica habet, & communiter *jus aggratiandi* vocari consuevit; Restitutio justitiæ

ſtitiæ autem à quolibet Magiſtratu fieri poteſt. Prior fit in criminibus veris & probatis ex nuda indulgentia: poſterior in criminibus falſò alicui imputatis probatâ innocentia. Prior regulariter bona amiſſa non reſtituit, benè tamen poſterior cum omnibus acceſſoriis & perceptis à Fiſcô fructibus, etiamſi Fiſcus bona jamdum alienâſſet, v. Ziegler *de jur. Majeſt. l. 1. c. 9.* Reliqua dicentur infra *ad tit. de ſent. paſſ. & reſtit.*

DIST. II.

Inter Reſtitutionem *Civilem* & *Prætoriam.*

MAximus hujus diſtinctionis uſus *ratione temporis*, intra quod reſtitutio peti poteſt, ſeſe in praxi exſerit. Reſtitutio ſiquidem civilis, cujus exempla in *l. 33. ff. de re judic. l. 31. ff. de jurejur. l. 2. C. de reſc. vend.* habentur, inſtar remediorum civilium 30. demum annorum lapſu extinguitur, *l. 3. C. de præſcript. 30. annor.* Sed reſtitutioni Prætoriæ brevior terminus præſcriptus eſt, annus ſcilicet utilis, hodiè quadriennium continuum, *l. ult. C. de temp. in int. reſtit.* Ad reſtitutionem civilem ſtatim recurrimus, tanquam ad remedium ordinarium; ad Prætoriam non item, quia hæc ſal-

tem

tem remedium ſubſidiarium, unde ante omnia inquirendum, annon competat ordinarium juris civilis remedium, *v. l. 16. pr. & §. 1. ff. de minor. l. 1. §. 4. ff. de dol. mal.*

LIB. IV. TIT. II.

Quod Metûs causâ geſtum erit.

DISTINCTIO I.

Inter vim *ablativam, expulſivam, turbativam, offenſivam, defenſivam, compulſivam.*

VIS defenſiva licita eſt & vim vi repellere permittitur. Aliud in reliquis enumeratis ſpeciebus, quas proptereà ab invicem accuratè diſtinguere utile eſt, ut diverſa remedia contra easdem competentia diſtinctè intelligamus. Propter vim *ablativam* competit actio vi bonorum raptorum, nec non actio furti: propter *expulſivam* interdictum unde vi & remedium ex *can. redintegranda. cauſ. 3. qu. 1.* propter *turbativam* interdictum uti poſſidetis & utrubi; propter *offenſivam* interdictum de vi publica & privata & denique propter *compul-*

pulsivam, quæ hujus loci est, Actio quod metûs causâ.

DIST. II.

Inter Vim *justam* & *injustam*.

PRior non parit restitutionem, v.g. si Magistratus prævià causæ cognitione vim alicui infert, *l. 3. §. 1. ff. h. t.* bene tamen posterior, quò etiam pertinet, si Judex de facto processum ab executione contrà inauditum inchoat, aut in carcerem sine legitimis indiciis conjicit, &c.

DIST. III.

Inter *Vim* & *Minas*.

QVi aliquid ob minas promittit, restitutione in integrum non gaudet, juxta tritum illud: *qui moriêre minis, asini tumulabere bombis.* Potuisset enim sibi implorando officium Judicis & Cautionem de non offendendo petendo prospicere. Excipiunt communiter minas *capitales*, modò minas denuntians eas exequi solitus fuerit, Gail. *l. 1. Obs. 4. n. 4.* Sanchez. *de matrim. l. 4. Disp. 1. num. 20.* Brunnem. *ad l. 7. C. h. t.* Qui verò vi coactus promittit, restitutionem omninò habet.

DI-

DIST. IV.

Inter Metum *justum* & *reverentialem.*

JUstus sive atrox ad Edictum Prætoris in præsenti titulo contentum pertinet, qui tamen pro diversitate sexus &qualitatis personarum, quibus infertur, suos quoque gradus habet. Metus reverentialis autem restitutionem non parit, quia facilè averti potuisset, *v. l.22. ff. de rit. nupt. l. 6. C. h.t.*

DIST. V.

Inter Judicium *rescindens* & *rescissorium.*

AN hæc distinctio ex textibus juris probari possit, de eo non disputabimus, sed hoc Bachovio, Hilligero aliisque excutiendum relinquemus. Illud saltem ad nos pertinet: an eadem distinctio usum in praxi præstet? Audiamus hac de re ipsum Bachovium *ad ff. h.t. Hodiè*, inquit, *minus quoad ipsam rem interest, siquidem DD. communiter cumulari posse utrumque remedium concedunt, imò etiam petente reo cumulanda esse & simul movenda censent. Et quidni verò cumulentur, cum idem hodiè Magistratus super utroque necessario sit adeundus & alterum ab alte-*

altero dependeat, ut improbandi omninò sint, qui hic subtilitates conquirunt. Consentit Illustr. Dn. Stryk *us. mod. ff. h. t. §. 5.*

DIST. VI.

Inter actionem *quod metûs causâ* & *in factum.*

PRior in quadruplum datur, sed annô utili expirat: posterior in simplum concepta est, sed ad 30. annos usque competit, *l. 14. §. 1. ff. h. t.* Verùm cùm praxis judiciorum nostrorum actiones Romanorum in duplum, triplum, quadruplum, ignoret, atque sic exinde rectè colligatur, jus Romanum hâc parte non esse receptum, cùm receptio ex praxi judiciorum æstimanda; hinc quoque ea distinctio parùm utilitatis in praxi habebit, & parùm intererit, sive negotia metu contracta nullitate laborare, sive eadem firma esse & rescindi debere statuas, utrobique enim remedium judiciale intra 30 annos institui potest, cùm & prætereà assertum: metu gesta ipsô jure firma esse, nitatur hypothesi Philosophiæ Stoicæ, quod coacta voluntas etiam sit voluntas, quam erroneam esse quilibet facilè videt. Coacta voluntas est voluntas, sed coacta; at verò ad firmitatem negotiorum libera voluntas requiritur.

LIB. IV. TIT. III.

De Dolo malo.

DISTINCTIO I.

Inter Dolum *causam dantem* contractui & *incidentem*.

SI Dolus *causam dedit contractui b.f.* tunc contractum ipsô jure reddit nullum, *l. 7. pr. ff. h. t.* & sic querela nullitatis intra 30 annos competit. Aliud in contractibus *stricti juris*, ubi Iudex pedaneus à claris verbis contractuum recedere non poterat, & deceptus sibi imputare debebat, quod in hunc casum sibi per pactum non prospexerat, potuisset enim contractui inserere clausulam: *eum nullum esse debere, si dolus appareat, v. d. l. 7. §. 3. ff. h. t.* Ergò talis contractus strictô & subtili jure civili subsistebat, conf. omninò *l. 36. ff. de V. O.* Prætor autem, prout semper jus illud subtile emendare nitebatur, restitutionem in integrum concedebat, actionem de dolô inveniens, quæ tamen non 30. sed duos saltem annos durat, *l. f. C. de dol. mal.*

Quod si verò dolus saltem *incidit in contractum b. f.* tunc ille actione ex illo contractu

tractu, v. g. emti, locati, &c. purgatur, *l. 13. §. 4. & 5. ff. de A. E. V.* quæ pariter, ut querela nullitatis, intra 30 annos institui potest; quia quælibet actio ex contractu tanto demùm tempore præscribitur; si autem incidit in contractum *stricti juris*, itidem actioni de dolo locus est intra biennium ex ratione paulò ante suppeditata, v. DD. passim ad h. t.

Vides ergò, quod apud Romanos maximus hujus distinctionis usus fuerit, præcipuè ratione durationis actionum deceptis competentium. Sed quæritur: an adhuc hodiè idem usus in praxi deprehendatur? Nobis negativa verior videtur. Deficiente enim judice pedaneo, ejusque officio ad certam formulam restrictô cessante, deficit quoque & cessat integra illa inter judicia bonæ fidei & stricti juris differentia cum omnibus effectibus & conclusionibus, quæ in foro quidem Romano exinde profluebant. Unde non opus est, ut illam differentiam sublatam esse probemus; sed illud quoque hic sufficit, quod mutatô statu etiam mutatio juris inducatur. Apud nos ergò quocunque casu querelæ nullitatis locus est. Aliter Schilterus *Exerc. 11. thes. 20.* qui actionem de dolo hodiè semper concedit,

 cui

cui tamen propterea consentire non possumus, quod ea actio sit subsidiaria prætoria cui locus non est, quamdiu actiones civiles ordinariæ competunt. At verò ex deductis hodiè semper querelæ nullitatis, tanquam remedio civili, locus est.

Hæc ita quoad usum adlatæ distinctionis intuitu contractuum b. f. & stricti juris. Interim tamen quantum ad ipsos contractus b. f. attinet, eam differentiam adhuc agnosco, quod quando dolus causam dedit, querelæ nullitatis; quando autem incidit, actioni ex illo contractu locus sit. Leges enim voluerunt, ut hoc posteriori casu contractus non sit nullus, sed subsistat, modò interesse præstetur. At priori casu, licet alter decipiens decies interesse illud præstare paratus sit; ego tamen ad illud acceptandum cogi nequeo, sed si placet, penitus à contractu resilire possum, Richter. *p. 2. Decis. 87. n. 18.* Illustr. Stryk. *us. mod. h. t.* §. *6.*

DIST. II.

Inter actionem *de dolo & in factum.*

Applicari hic eadem possunt, quæ diximus *tit. præc. Dist. 6.* Addi posset & hoc, quod actio de dolo non competat contra eos, quibus reverentiam debemus, benè autem

tem actio in factum; verùm quia actionem de dolo in sensu juris Romani hodie planè cessare modò diximus, hinc illa quoque observatio parum utilitatis nobis præbere poterit.

LIB. IV. TIT. IV.
De Minoribus XXV. annis.

DISTINCTIO I.
Inter negotia minorum *valida* & *invalida*.

VAlida dicuntur, in quibus Tutoris autoritas vel Curatoris consensus, & si alienantur immobilia, decretū Magistratus adhibitum fuit; *invalidà* è contrario, ubi hæc deficiunt. Priori casu opus est restitutione in integrum, ad quam petendam datur quadriennium post adeptam majorennitatem, *l. f. C. de temp. in int. restit.* posteriori casu querela nullitatis competit intra 5, 10. vel 20. annos, juxta *d. l. f.* Priori casu læsio aliqua est probanda; posteriori nulla, unde hæc propterea etiam pinguior est, & prudens Advocatus ante omnia eò respicere debet, annon nullitatis arguere actum à minore gestum possit.

DISTINCTIO II.

Inter minorem *dolo adversarii deceptum* & *facilitate ætatis lapsum.*

Ratione ipsius quidem minoris nulla hujus Distinctionis utilitas apparet, cum ille utroque modò restitutione in integrum gaudeat; sed verò usus intuitu ejus, qui pro minore fidejussit, sese exerit. Si enim minor facilitate ætatis lapsus, fidejussori regulariter non succurritur, quod tamen fit, si dolo deceptus est minorennis, per *l. 2. C. de fidejuss. minor.*

DIST. III.

Inter eum, qui major factus est *naturaliter* & *civiliter* s. per concessionem veniæ ætatis.

Priori indistinctè quadriennium competit post impletum annum 25; posterior autem interdum longius spatium habet. Semper enim usque ad annum 25 restitutionem petere potest. Unde si e. g. anno 18 ætatis suæ veniam impetravit, sex anni ipsi dantur ad impugnandos actus, in quibus ante majorennitatem forsan læsus fuit, *l. 5. pr. C. de tempor. in int. restit.*

DISTINCTIO IV.

Inter restitutionem *minorenni* & *Collegio alicui, it. Ecclesiæ* competentem.

Priori, ut dictum, quadriennium demùm currit à tempore adeptæ majorennitatis; posterioribus autem ex tempore celebrati contractûs & per consequens illatæ læsionis, *c. 1. & 2. de in integr. restit. in 6.*

LIB. IV. TIT. V.

De Capite minutis.

DIST. I.

Inter capitis diminutionem *maximam, mediam* & *minimam*.

SI aliquis maximam vel mediam capitis diminutionem patiebatur, restitutione opus non erat, sed fiscus, qui bona condemnati sibi vindicabat, ad omnia debita solvenda tenebatur, *l. 2. pr. ff. h. t.* At, si quis emancipabatur, tunc eô ipsô corruebant omnes actiones, quæ ante contra ipsũ competierant, vendebatur enim filius in imaginariam servitutem, *l. 3. §. 1. h. t.* de quo fusè Huberus *in Digress. Justin. P. 1. l. 1. c. 4.*

c. 4. §. 4. Servus autem non est capax obligationis. Hodiè cessat ea imaginaria venditio & sic quoque restitutione Prætoris opus non est, cùm non obstante emancipatione omnes actiones salvæ maneant, conf. *l. ult. C. de emancip.* ubi expressis verbis sententia nostra confirmatur.

Lib. IV. Tit. VI.

Ex quibus causis majores XXV. annis in integrum restituantur.

DISTINCTIO I.

Inter absentiam *veram & fictam.*

Contrà fictè absentes, v. g. furiosos, pupillos, &c. planè non currit usucapio, sed ea dormit, v. Struv. *S. I. C. Ex. 43. th. 26.* secus in verè absentibus, de quibus mox distinctè agendum.

DISTINCTIO II.

Inter absentiam *ordinariam s. negativam & extraordinariam s. privativam.*

Propter priorem non datur restitutio, sed tempus usucapionis longi temporis saltem

tem duplicatur, de quo in *pr. I. de Usucap.* Propter posteriorem tamen aliquando illa restitutio conceditur juxta sequentem

DISTINCT. III.

Inter absentiam *necessariam* & *voluntariam*, & utramque vel *laudabilem*, vel *vituperabilem*, vel *indifferentem s. mediam.*

L*Audabilis*, sive sit voluntaria, ut Studiosorum; sive necessaria, vt militum, Legatorum, &c. semper parit restitutionem, licet aliquis Procuratorem non reliquerit, *v. l. 4. 5. 6. 7. 8. & 28. pr. ff. h. t.*

Idem obtinet in *necessaria indifferente*, v. g. si quis à Latronibus aut Pyratis capitur, nam hæc necessitas prævideri & sic Procurator constitui non potuit, *v. l. 9. 14. & 23. §. 1. ff. h. t. l. 26. §. ult. eod.*

Voluntaria vituperabilis nullô plane casu restitutionem præbet, v. g. si quis delictum commisit & posteà aufugit, aut aliàs contumax est, *v. l. 2. §. 8. & 9. ff. si quis caut. in judic. sist. caus. fact.*

Propter *necessariam vituperabilem*, e. g. in relegatis, & *voluntariam indifferentem*, v. g. in mercatoribus, tunc demum datur rescissio, si absens ante absentiam suam procu-

ratorem constituit, hic autem negligens fuit & tamen non est solvendo, ut adeò principalis regressum suum contra eum instituere nequeat, *l. 26. §. 1. ff. h. t. v.* Struv. *Ex. 8. th. 73.* Si ergò negligens fuit mercator & relegatus, & procuratorem non constituit, sibi hoc imputet & damnum ex culpa sua pronatum ferat, *v. l. 16. h. t.*

LIB. IV. TIT. VII.

De Alienatione judicii mutandi causâ facta.

DIST. I.

Inter alienationem *inter vivos* & *per ultimam voluntatem* factam.

PRohibitio hujus tituli ad actus inter vivos pertinet, non autem ad ultimas voluntates, quippe in quibus malitiosus animus alienantis non præsumitur, *v. l. 8. §. 3. ff. h. t.*

DIST. II.

Inter alienationem *voluntariam* & *necessariam*.

Pri-

Priorem prohibet Prætor in hoc titulo, non posteriorem, *l. 10. pr. h. t.*

LIB. IV. TIT. IIX.

De Receptis, qui arbitrium receperunt, &c.

DISTINCTIO I.

Inter *Arbitros* & *Arbitratores.*

ARbitri instar judicum procedunt, observatô ordine judiciariô: *Arbitratores* in contractibus adhibentur, v. g. ad pretium in emtione, aut mercedem in locatione definiendam. Utriusque tamen decisum eundem effectum habet.

DIST. II.

Inter Arbitros ex *Legis dispositione* & *libera partium voluntate* electos.

PRioribus inviti etiam causarum decisionem subjicere tenentur, quò refero *Austregas* intuitu Statuum imperii, de quibus in jure publico agi solet: ad posteriores verò constituendos nemo invitus cogi potest, sed audiendus est, si Judicem competentem adire intendit.

DIST. III.

Inter *Arbitrum* & *judicem*.

JUdex publicâ autoritate pollet atque adeò non solùm *decernendi*, sed & *exequendi* potestatem habet; at arbiter privatô consensu constituitur, & sic cognoscit quidem, sed non exequitur. Iudex etiam in reconventione judicat, non arbiter, *c. 6. X. de arbitr.* Iudex subdelegat, sed non arbiter. Arbitri potestas cessat, quāprimum in causa pronunciavit: judicis autem ad alias quoque causas extenditur. A sententia judicis appellatur, non autem à Laudo arbitri, quippe cui simpliciter stare tenentur partes ob compromissum, nisi arbiter dolosè egerit. Dicunt quidem communiter, partibus licitum esse, ut per solam contradictionem intra decem dies factam laudi effectum intercipiant, quem in finem allegatur *l. 5. pr. C. h. t.* aliæque; sed si dicendum, quod res est, jus Romanum tunc loquitur de casu, ubi per nudum pactum compromiserant partes, quod exiguum effectum producebat. Aliud si stipulatio accesserat, quo de casu accipienda *l. 37. h. t.* hodiè ergò, quia pacta stipulationibus ratione obligationis exæquantur, aliud etiam dicendum erit eorum intuitu. Lib.

LIB. IV. TIT. IX.

Nautæ, Caupones, ſtabularii, ut accepta reſtituant.

DISTINCT. I.

Inter actionem *de receptis* & *in factum*.

PRior datur ex quaſi contractu, quando vectoribus & hoſpitibus citra omnem exercitoris culpam, v. g. ab aliis hoſpitibus furtum fit, vel damnum infertur, & hæc *ad ſimplum*: Poſterior ex quaſi delicto naſcitur, quando nempe exercitoris ſervi hoſpitibus nocent, & *duplum* petitur. Hæc differentia ſine dubio hodie ceſſat, non quidem quia id aſſerunt Vinnius, Grönevvegen & Gudelinus, allegati à Lauterbachio; ſed quia id praxis fori comprobat. Interim ea diſtinctio aliô reſpectu adhuc uſum habet. Nempe actio de receptis etiam contra heredes datur, actio in factum non, quia eſt ex quaſi delicto, *l. 7. §. 6. ff. h. t.*

LIB. V. TIT. I.

De Judiciis.

DIST. I.

Inter judicium *publicum* & *privatum*.

IN publico ad publicam: in privato ad privatam satisfactionem agitur. In publico judex ex officio procedit: in privato obtinet vulgatum: Wo kein Kläger ist / da ist auch kein Richter. In publico litis contestatio ab ipso reo fieri debet oretenus: in privato autem in scriptis etiam & per Procuratorem fieri potest. In publico Tortura irrogatur: in privato regulariter non, nisi prægnans sit & maximam quantitatem concernat. In publico etiam durantibus feriis proceditur, *l. 5. C. de fer.* non autem in privato. Adde & hoc ex moribus Romanis: in publico quilibet ex populo agebat: in privato is saltem, quem causa concernit, &c.

DIST. II.

Inter judicium *Ecclesiasticum* & *seculare*.

conf.

Conf. quæ diximus *ad tit. de jurisdict. dist. IIX.* Judicium ecclesiasticum apud Pontificios limites suos nimium extendit ob dominandi libidinem, quæ apud corruptum clerum deprehenditur, licet pii prætextus nunquam defuerint. Hinc causas matrimoniales, sagarum & sortilegiorum, miserabilium personarum, usurariæ pravitatis, juramentorum, & quæ sunt similes, ad se traxerunt judices Ecclesiastici, v. Lancellot. *Instit. jur. can. l. 3. tit. 1. §. 3.* Ziegler. *in not. ad eund. loc.* unde apud Pontificios maximus hujus distinctionis usus est in favorem cleri & in odium Laicorum. Quid autem apud Evangelicos? Certè, quia Principes nostri jura per clerum ablata postliminiò iterum recuperârunt, differentia etiam inter judicia secularia & ecclesiastica prorsus cessare debebat. Sed ex erronea hypothesi, quod Principes Evangelici duplicem personam sustineant, Episcopi alteram, alteram autem Principis, illa distinctio apud nos adhuc retenta fuit, ita ut causæ clericorum, quò pertinent etiam scholæ Ministri, Æditui, &c. necnon quæ res sacras & bona ecclesiastica, sepulturam, matrimonialia, disciplinam ecclesiasticam &c. concernunt, in Consistoriis Episcopum repræsen-

sentantibus ventilentur. Excipiuntur delicta clericorum graviora, ubi Consistorium vel planè non cognoscit, vel ad minimum tamen pœnam non exequitur, sed condemnatum prævià degradatione Judici seculari tradit, Brunnem. *Proc. inquis. c. 3. n. 28. 29. & c. 10. n. 26.* Possent tamen Principes nostri Consistoria plane tollere, si vellent, quamvis, ut hoc fiat, nulla necessitas efflagitat. In nonnullis civitatibus imperialibus, v. g. Noribergæ, Hamburgi, Senatus res promiscuè expedit & ibi distinctionis præsentis propterea nullus usus est. In Palatinatu quoque & Hassia matrimonialia apud judicem secularem pertractantur, & rectè, quia matrimonium non est sacramentum, v. Illustr. Dn. Stryk. *ad Brunnem. jus Eccles. l. 3. c. 1. §. 17.* & de natura Consistoriorum Exc. Thomasius im Recht Evangelischer Fürsten *P. 1. thes. 5.* §. 12.

DIST. III.

Inter judicium *simplex* & *duplex*.

Usum distinctionis communiter in eo ponunt, quod in judicio duplici, v. g. finium regundorum, familiæ herciscundæ, communi dividundo, &c. uterque actoris & rei jus habeat, in simplici autẽ alteruter solum

summodò; sed in effectu parùm interest. Nam & in sic dictis duplicibus judiciis unum saltem habemus actorem, unum reum, quem in finem, si ambo eodem tempore, quod tamen rarius fieri puto, ad judicium provocent, sorte res dirimitur, quis reus esse debeat, v. Carpzov. *P. 1. C. 7. D. 23.* add. Zanger. *de Except. P. 2. c. 1. num. 355.* Dissert. nostr. *de judic. fortun. membr. 3. §. 4.* aliàs verò pro actore habetur, qui prius ad judicium provocavit.

DIST. IV.

Inter judicium *reale* & *personale.*

CONf. quæ diximus *ad tit. de Rer. divis. distinct. 1.* judicium enim reale ex jure in re, personale ex jure ad rem proficiscitur.

DIST. V.

Inter *petitorium* & *possessorium.*

IN possessorio non consequimur jus perpetuũ, sed temporarium solùm, donec alter in petitorio contrarium probaverit. At, qui in petitorio semel obtinuit, ille perpetuum effectum exinde sortitur. Et hinc, quia per possessorium, licet succumbamus, non adeò magnum præjudicium nobis infertur, quam per petitorium; hinc, inquam, in pos-

ſeſſorio non admittuntur exceptiones altioris indaginis, *conf. l. f. C. quor. bon.* nec remedia ſuſpenſiva, v.g. appellationis, Leuterationis, &c. Scaccia *de appellat. quæſt. 17. limit. 6. membr. 2. n. 2. ſeqq.* Lud. Poſtius *in tr. de ſumm. poſſeſſ. obſ. 106. n. 75. 76.* Finckelth. *obſ. 117. n. 12.* quæ omnia in petitorio ſecus ſe habent.

DIST. VI.

Inter judicium *univerſale, generale & ſingulare.*

IN univerſali & generali, v. g. hereditatis petitione, actione Tutelæ, pro ſocio, &c. libellum generaliter formare licet, man klaget auff edition eines inventarii und auff restituirung der Erbſchafft oder andern Sachen/ Lauterbach *Comp. jur. tit. de Edend.* in judicio ſingulari autem petitum ſpecifice eſt formandum, alias tanquam ineptus rejicitur libellus.

DIST. VII.

Inter judicium *ordinarium & extraordinarium* ſive *ſummarium*

QUodlibet judicium regulariter eſt ordinariũ, unde ſi Actor dicit, hoc vel illud eſſe ſummarium, tunc probatio ipſi incumbit. Communiter autẽ ea judicia ſunt ſummaria,

maria, ubi vel *publicus favor* adest, v. g. in causis fiscalibus, tributorum, &c. vel si *causam piam* controversia concernit, v. g. in causis Ecclesiarum, miserabilium personarum, in legatis ad pias causas, &c. vel denique *si res moram non patitur*, ut in causis alimentorum, &c. v. Zanger *de Except. p. 1. c. 1. n. 60. seqq. Ord. Cam. p. 3. c. 2.* In causis summariis non attenduntur promiscuè exceptiones dilatoriæ, non conceduntur ordinariæ dilationes, &c. sed de simplici & plano proceditur. Aliud in ordinariis. Causas summarias ordinariè potest tractare Actor, sed non viceversâ. Multa de processu summario habet Brunnem. *Proc. Civ. c. 1. n. 16. seqq.*

DIST. IIX.

Inter judicium *civile* & *criminale*.

Hæc coincidit cum *Dist. I.* inter judicium publicum & privatum. Ergò eadem hic repetenda, quæ ibi dicta sunt.

DISTINCTIO IX.

Inter judicium *præparatorium* & *principale*.

IN præparatorio, v. g. actione ad exhibendum, agitur summariè, quia in hoc præ-

judicium adeò magnum reo non infertur; sed in principali regulariter secus.

DIST. X.

Inter *veram* & *quasi* Litiscontestationem.

QVasi Litiscontestatio inducitur propter rei in non respondendo contumaciam: vera fit vel oretenus, vel in scriptis. In quasi Litiscontestatione extra Saxoniam saltem fingitur, quod Reus negativè responderit, in Saxonia etiam, affirmativè. Vera autem interdum affirmativè, interdum negativè fit. Ceterùm utriusque effectus unus est idemque.

DIST. XI.

Inter Litiscontestationem *solennem* & *minus solennem*.

SOlennis requiritur in caussis ordinariis & supponit contradictionem directam eorum, quæ ab Actore adferuntur. Minus solennis colligitur ex omni actu contradictorio, v. g. si dicat Reus, Er protestire wieder des Klägers Vorbringen/ wisse nicht / was Kläger an ihm suche/ oder von ihm haben wolle/ &c: & hæc in judiciis summariis sufficit.

DIST.

DIST. XII.

Inter L. C. *generalem* & *specialem*.

JUxta jus commune idem est, an quis specialim ad singula libelli puncta, an verò generaliter: *nego narrata, prout narrantur*, ad totum libellum respondeat. Usus tamen distinctionis in foris Saxonicis deprehenditur, quippe in quibus generalis Litis contestatio non admittitur.

DIST. XIII.

Inter L. C. *affirmativam* & *negativam*.

NEgativa propriè est Litiscontestatio. Circa affirmativam distinguendum: Aut reus simpliciter fatetur intentionem actoris, aut exceptionem peremptoriam adnectit. Priori casu non potest dici L. C. quia nulla lis amplius adest; secus casu posteriori, v. Struv. *jurispr. Rom. Germ. l. 4. Tit. 9. §. 2.*

DIST. XIV.

Inter L. C. *puram* & *eventualem*.

PUra fit, postquam exceptiones dilatoriæ decisæ fuerunt: eventualis ipsis hisce dilatoriis statim adnectitur. Usus in Saxo-

nia se exerit. Ibi enim statim L. C. exceptionibus est subjicienda, nisi reus in expensas condemnari velit. Extra Saxoniam verò perinde est, sive pura sit, sive eventualis Litiscontestatio. Utraque etiam aliàs eundem post se trahit effectum.

DIST. XV.

Inter *Actorem* & *Reum*.

Actor regulariter nonnisi *volens* actionem instituit: Reus contra *invitus* convenitur, unde etiam fugiens appellari solet. In eligendo judice competente non ad Actorem, sed ad reum respicitur. Rei partes semper sunt favorabiliores, quàm Actoris, *l. 125. ff. de R. I.* unde si uterque æquales attulit probationes, in dubio in favorem Rei pronunciandum, Struv. *S. I. C. Ex. 28. th. 13.* Actor probare tenetur, non reus. Hic enim licet nihil probaverit, vel in probando defecerit, tamen absolvitur Actore non probante, *l. 4. C. de edend.* Mascard. *de probat. conclus. 36. num. 37.* Pro defensione Rei admittuntur testes inhabiles, non autem ad intentionem Actoris probandam, Farinac. *quæst. 62. num. 90. seqq.* Brunnem. *Proc. civ. c. 20. num. 24.* Reo plures dilationes dantur, quàm Actori, *v. l. fin. ff. de feriis & dilat.* &c.

DIST.

DISTINCTIO XVI.

Inter forum *domicilii* & reliqua, *rei sitæ*, *contractus*, *delicti* & *continentiæ causarum*.

FOrum domicilii est *generale*, quia in eo actiones reales & personales, ex contractu & delicto, institui possunt: Reliqua sunt *specialia*.

DISTINCTIO XVII.

Inter Domicilium *originis & habitationis*.

PRius de jure civili erat immutabile, unde in eo semper quis conveniri poterat, quamvis alio loco habitaret, *l. 6. pr. &* §. *1. ff. ad municip.* posterius autem pro lubitu toties mutatur, quoties placuerit. Hodiè verò juxta DD. consensum hæc distinctio usum amplius non habet, cùm postquam aliquis domicilium suum ex loco originis aliorsum transtulit, domicilium originis non amplius attendatur, v. Carpzov. *de Process. tit. 3. art. 1. num. 58.*

DIST. XIIX.

Inter Domicilium *commune & peculiare.*

COmmune erat Roma, *l. 33. ff. ad municip.* in quo omnes ex toto imperio Romano conveniri poterant. Hodie tale non amplius habemus & sic usus distinctionis est nullus. Statuum subditi enim licet Viennæ deprehendantur, non tamen ibi conveniri possunt, quia eô ipsô superioritati territoriali præjudicium *inferretur.* Et quamvis porrò subditi Brandenburgici Berolini deprehendantur, illi tamen nec ibi forum sortiuntur, quia sic beneficium primæ instantiæ amitterent, vid. Ordin. Camer. *p. 2. Tit. 1.* § es sollen auch. Illustr. Dn. Stryk. *Us. mod. ff. h. t. §. 19.*

DISTINCT. XIX.

Inter domicilium *voluntarium & necessarium.*

PRius mutatur pro lubitu, non autem posterius, cujus exemplum in uxore, relegato ad certam insulam, &c.

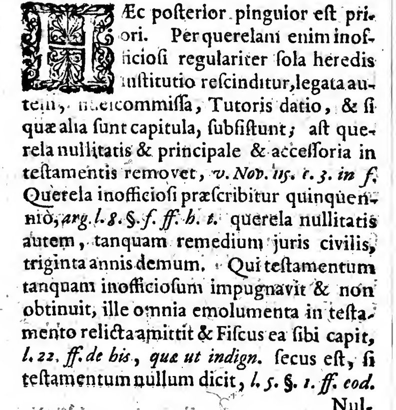
DISTINCT. XX.

Inter officium judicis *nobile & mercenarium.*

PRius exercetur, licet actor non adsit, scilicet in causis criminalibus atrocioribus ad nudam denunciationem, vel præcedentem famam publicam. Hîc enim publicum interesse præcipue versatur. E contrario autem, ubi causa merè civilis est & privatam utilitatem respicit, ibi exercetur officium mercenarium. Quamdiu enim creditor Judicem non implorat, tamdiu Judex etiam quiescit. Dicis forsan; at tamen potest esse pauper aliquis, cui non suppetunt sumtus in processum impendendi, ergò tunc Judex ex officio nobili procedet; sed ne tunc quidem eum hoc facere posse, respondeo. Potest enim pauper ad juramentum paupertatis se offerre eôque præstitô omnia in judicio gratis obtinet, quod dum non facit, sibi imputet. Omninò itaque hujus distinctionis adhuc est usus. Et judex, qui in causis merè privatis ex officio procedere vellet, se suspectum redderet.

LIB. V. TIT. II.
De inofficioſo Teſtamento.

DISTINCT. I.
Inter Querelam *inofficioſi & nullitatis.*



HÆc poſterior pinguior eſt priori. Per querelam enim inofficioſi regulariter ſola heredis inſtitutio reſcinditur, legata autem, fideicommiſſa, Tutoris datio, & ſi quæ alia ſunt capitula, ſubſiſtunt; aſt querela nullitatis & principale & acceſſoria in teſtamentis removet, *v. Nov. 115. c. 3. in f.* Querela inofficioſi præſcribitur quinquennio, *arg. l. 8. §. f. ff. h. t.* querela nullitatis autem, tanquam remedium juris civilis, triginta annis demum. Qui teſtamentum tanquam inofficioſum impugnavit & non obtinuit, ille omnia emolumenta in teſtamento relicta amittit & Fiſcus ea ſibi capit, *l. 22. ff. de his, quæ ut indign.* ſecus eſt, ſi teſtamentum nullum dicit, *l. 5. §. 1. ff. eod.*

Nullum autem dicitur, quoties quid ex ſolennitatibus deficit, vel inhabilitas in perſona teſtatoris adfuit.

DIST. II.

Inter *Actionem ſuppletoriam ſive expletoriam & querelam inofficioſi.*

PRior locum habet, quoties aliquid, licet etiam minimum ſit, hereditatis titulô in teſtamento relictum fuit, §.*3. I. b. t.* poſterior, ſi nihil. Prior ergò heredis inſtitutionem integram non reſcindit, benè tamen poſterior. Prior iterum durat 30 annis, quia eſt remedium juris civilis, poſterior, ut modò dictum, quinquenniô ſaltem.

DIST. III.

Inter Querelam ab *Aſcendentibus & Deſcendentibus*, nec non *à Fratribus* inſtitutam.

FRatrum querela totum teſtamentum, etiam legata & reliqua evertit, in *Nov.22. c.47.* enimjus vetus non mutatum, de quo in *l. 8.* §. *16. ff. h. t.* quod tamen quoad deſcendentes & aſcendentes factum in *cit. Nov. 115. c.3. inf.*

LIB. V. TIT. III. & seqq.
De Hereditatis petitionibus.

DISTINCT. I.
Inter Hereditatis petitionem *civilem*, *Prætoriam sive possessoriam & fideicommissariam*.

DIfferunt hæ species quidem diversô conceptu, verum si ad modum procedendi & effectum respiciamus, utrobique nihil interest, nisi forsan hoc adferre velis, quod is, qui fideicommissaria hereditatis petitione utitur, dodrantem saltem consequatur, reliqui autem totam hereditatem.

LIB. VI. TIT. I. & II.
De Rei vindicatione & Publiciana in rem actione.

DIfferunt hæ duæ actiones primò *ratione causæ efficientis*, quod rei vindicatio ex jure civili, publiciana autem actio ex jure Prætorio

torio descendat, §. 4. *I. de act.* Sed hæc differentia parùm utilitatis in foro præbet, cum ratione obligationis apud nos inter utrumque jus, Prætorium & civile, nulla deprehendatur disparitatis ratio. Usus ergò in *probatione* sese exerit. Scilicet in rei vindicatione ipsum dominium præcisè probari debet, quod admodùm difficile est; sed verò in actione publiciana sufficit, modò Actor probare queat, se *titulò ad transferendum dominium habili* rem controversam comparâsse, *l. 3. seqq. ff. h. t.* in rei vindicatione ergò ita formatur medius terminus in libello: Wenn mir dann nun diese Sache *jure dominii* zuständig: in publiciana è contrario sequentem in modum: Wenn mir dann nun diese Sache *jure Dominii vel quasi* zuständig. Fluit hinc usus practicus, ut Advocatus libellum formaturus posteriori potius, quàm priori formulâ utatur.

LIB. VI. TIT. III.

Si ager vectigalis, id est, Emphyteuticarius petatur.

DISTINCT. I.

Inter Emphyteusin *Civilem* & *Ecclesiasticam*.

AD emphyteusin ecclesiasticam constituendam scriptura per modum essentialis requisiti exigitur, quod in omnibus contractibus ecclesiarum ita obtinet, *l. 14. & Auth. Hoc jus. C. de SS. Eccles.* sed in emphyteusi civili solus consensus sufficit. Deinde emphyteusis ecclesiastica amittitur, si emphyteuta canonem per biennium non solvit; sed in civili triennium observatur, *v. l. 2. C. de jur. emphyt. Nov. 7. c. 3. §. 2.* Olim quoque emphyteusis ecclesiastica ultrà nepotes non extendebatur, *Nov. 7. c. 3.* quod tamen posteà mutatum in *Nov. 120. c. 6.* §. *1.* & de jure Canonico per *c. 7. X. de reb. eccles. non alien.*

DIST. II.

DIST. II.

Inter Emphyteusin *ex pacto* & *providentia* & *hereditariam*.

PRior *pro se & liberis* accepta, ad solos descendentes; posterior autem, quæ *pro heredibus* constituitur, ad quoscunque heredes transit, v. Struv. *S. I. C. Exerc. 11. th. 65.*

LIB. VII. TIT. I.

De Usufructu.

DIST. I.

Inter Usumfructum *causalem* & *formalem*.

PRior competit Domino in re propria & non est servitus, propria enim res nemini servit. Posterior in re aliena constituitur & est illa servitus personalis, de qua in h. t. agitur. Termini hujus distinctionis inventi sunt à DD. grillis metaphysicis adsvetis & rem, ut puto, non faciunt clariorem, sed magis intricatam, quia sine iisdem

res

res melius potuisset explicari. Idem est judicium meum de Logicis & Metaphysicis Juridicis, quæ à nonnullis ad confusionem studiosæ juventutis conscribillantur.

DISTINCT. II.

Inter usumfr. *à Lege* & *ab homine* constitutum.

IN priori non exigitur Cautio usufructuaria ab eo, cui ususfructus competit, v. g. à Patre in bonis liberorum adventitiis, *l. ult. §. 4. C. de bon. quæ lib.* Quantum ad maritum attinet, qui est usufructuarius bonorum paraphernalium uxoris, non quidem deprehendere hactenus licuit textum hac de re agentem; nullus tamen dubito, quin idem sit asserendum. Ob tenerum quippe amorem, quô mariti regulariter uxores prosequuntur, non est metuenda bonorum dilapidatio. Si verò ususfr. ab homine constituitur, usufructuarius ad cautionem præstandam omninò tenetur, nisi Proprietarius eam spontè remittere velit.

Lib. VII. Tit. II.

De usufructu adcrescendo.

DISTINCT. I.

Inter jus adcrescendi *in usufructu* & *in aliis legatis*.

Ususfructus duobus conjunctim relictus, *v. g. Titio & Cajo do lego usumfructum ædium mearum*, adcrescit etiam post concursum realem, id est, licet ille, qui jam deficit, portionem suam semel acceptâsset, posteà autem repudiasset iterum, *l. 1.* §. *3. f. h. t.* item ei, qui portionem suam amisit, e. g. per sententiam Judicis, *l. 10. h. t.* quæ in Legatis aliarum rerum utrobique secus se habent.

Lib. VII. Tit. III.

Quando dies ususfr. legati cedat.

Differentia inter usumfructum & alia Legata iterum sese hîc exerit. In aliis Lega-

Legatis purè relictis dies statim cedit à tempore mortis testatoris; sed in ususfructu purè legato hoc demum fit ab adita hereditate, *l. 2. & 3. ff. quand. dies ususfr. leg. ced.* ubi etiam ratio.

LIB. VII. TIT. V.

De ususfructu earum rerum, quæ usu consumuntur.

DISTINCT. I.

Inter *Verum* & *quasi* Usumfructum.

VErus ususfructus consistit in rebus, quæ usu non consumuntur; secus in quasi ususfructu. In vero non transfertur dominium, in quasi ususfructu omninò & sic periculum ad ususfructuarium pertinet, *l. 7. ff. h. t.* Verus in judiciis divisoriis interdum ab ipso judice constituitur, quando scilicet res communes commodè dividi nequeunt, *l. 6. §. 1. ff. de ususfr.* hoc in quasiusufructu judex facere nequit, quia

quia in rês fungibiles non cadit pretium affectionis & sic illæ facili negotiô dividi possunt. In vero usufructu cavet usufructuarius, se boni viri arbitrio fruiturum, *l. 1. §. 6. ff. usufr. quemadm. cav.* quâ cautione in quasi usufructu opus non est; unde solùm de re simili restituenda cavetur; *§. 2. I. de usufr.* Posses forsan & hoc addere, quod Cautio in vero usufructu præstari solita *Prætoria* vocetur, *civilis* è contrario, quæ in quasi usufructu interponitur, per *l. 1. pr. ff. usufr. quemadm. cav. junct. §. 2. I. de usufr.* sed cum utraque eundem effectum post se trahat, hæc observatio etiam parùm in recessu habebit, & sic tutò negligi poterit.

LIB. IIX. TIT. I.

De Servitutibus.

DISTINCT. I.

Inter Servitutes *reales & personales.*

PErsonales, e. g. ususfructus, usus & Habitatio, statim expirant mortuâ personâ, cui constitutæ erant, *l. 3. §. 3. ff. quib. mod. usufr.*

fr. vel uſ. amitt. reales autem ad quoscunque heredes & poſſeſſores tranſeunt, *v. l. 3. quemadm. ſervit. amitt.* Prædio ſerviente extinctô, ſed poſtea refectô, non reſtituitur ſervitus perſonalis, *l. 10. §. 7. quib. mod. uſusfr.* benè tamen realis, *l. 20. §. 2. ff. de S. P. V. l. 35. de S. P. R. l. 14. ff. quemadm. ſerv. amitt.*

DISTINCT. II.

Inter Servitutes *urbanas* (ſ. continuas) & *ruſticas* (ſ. diſcontinuas)

Urbanæ per præſcriptionem ordinariô tempore, id eſt, decem vel viginti annis, acquiruntur, *l. 12. in f. C. de præſcript. long. temp.* juxta quam legem eadem quidem ſervitutum ruſticarum ratio eſſe debebat; ſed prout praxis noſtra ſæpius à principiis jurisprudentiæ genuinis recedit: ita quoque hîc fit, dum ea ad præſcribendas ſervitutes ruſticas, neſcio ex quo fundamento, tempus immemoriale requirit, v. Gail. *2. obſ. 66. num. 7.* Modeſt. Piſtor. *Vol. 1. Conſil. 7. num. 5.* Dav. Mevius *P. 9. Deciſ. 164.* Porrò, ſervitutes ruſticæ ſolô non uſu per longum tempus amittuntur, *l. p. C. de*

ſer-

servit. at in urbanis amittendis adhuc requiritur factum servituti contrarium ejus, cujus prædium hactenus serviit, v. *l. 6. ff. de S.P.U.* Alias differentias à nonnullis adlatas examinavit & simul jam rejecit Excell. Thomasius *in Disp. Lips. de servit. stillicid. §.16. seqq.*

DISTINCT. III.

Inter Servitutes *affirmativas & negativas.*

POsteriores ex particula negandi *non* vel *ne* cognoscuntur, *v.g. altius non tollendi, ne luminibus officiatur, &c.* & non indigent aliquâ quasi traditione, sed quamprimùm mihi promissio facta est, quod alter aliquid intermittere velit, tunc statim jus in re conseqvor. Aliud in affirmativis, vbi ante dictam quasi traditionem mihi nudum saltem jus personale competit, ex quo adversus tertium agere nullo modô possum, conf. de hac distinctione Brunnem. *ad l. 15. ff. b.t.* Lauterb. *Comp. jur. h. t.* Deberet quoque hoc addi, quod servitutes affirmativæ solô non usu amittantur, negativæ autem nonnisi prohibitivo alterius factô accedente; sed praxis nostra hanc differentiam ad ser-

vitutes vrbanas atque rusticas applicavit, de qua paulò ante.

DISTINCT. IV.

Inter Servitutem *ordinariam &* *anomalam*.

ANomalam unam solummodò habemus, servitutem scilicet *oneris ferendi*, quæ propterea ita vocatur, quia serviens duplici onere afficitur, tenetur enim parietem onus ferentem, si ruinosus fiat, adhuc etiam reficere, *l.33.ff. de S. P. U.* in aliis contrà servitutibus is, qui commodum ex iisdem habet, eas quoque reficere obligatus est, juxta vulgaria æquitatis naturalis principia.

LIB. IIX. TIT. V.

Si Servitus vindicetur, vel ad alium pertinere negetur.

DISTINCT. I.

Inter actionem confessoriam, item negatoriam, *directam &* *utilem*.

COnfessoria *directa* datur illi, qui servitutem in alieno fundo: *utilis*, qui aliud jus

jus e. g. jurisdictionem, jus patronatûs, &c. prætendit. Sic quoque *directa* negatoria datur domino, qui alteri servitutem: *utilis*, qui alteri aliud jus in fundo suo prætendenti illud debere negat. Ceterùm in effectu non differunt, ut suô locô infra pluribus dicetur.

LIB. IX. TIT. I. & II.

Si quadrupes pauperiem fecisse dicatur, & Ad Legem Aquiliam.

DIST. I.

Inter Actionem *si quadrupes &* *ad L. Aquiliam.*

Prior datur, licet nulla culpa domini animalis nocentis præcesserit, ad posteriorem autem probatio culpæ alienæ omninò requiritur, *l. 1. §. 4. & 5. ff. si quadrupes* & hôc respectu prior facilior est. Ratione effectus tamen posterior præferenda erit. In ea siquidem is, qui

culpam admisit, damnum datum simpliciter resarcire tenetur, quàm maximum etiam illud fuerit, *l. 21. §. fin. & LL. seqq. ff. ad L. Aquil.* in priori autem liberatur dominus, si corpus, quod nocuit, noxæ dedat, *l. 1. pr. ff. si quadrup.* quod eôdem modô in actione noxali, si servus nocuit, observatur.

DIST. II.

Inter *primum & tertium* caput L. Aquiliæ.

Ex priori, si servus vel pecus occisum fuit, datur actio L. Aquiliæ non solùm ad interesse corporis peremti consequendum, sed ad illud quoque, quanti ea res plurimi fuerit proximô anno præcedente, *l. 2. pr. ff. ad L. Aquil.* Ex tertio verò, de reliquo scilicet damno quocunque, quanti ea res plurimi fuerit proximis XXX diebus à die damni dati retrò computatis, *l. 27, §. 5, ff. eod.* Hoc discrimen hodie cessat & nuda saltem æstimatio petitur, non iterum ex eo fundamento, quia Grönevvegen & Gudelinus citati à Lauterbachio hoc dicunt, sed quia actiones Romanorum pœnales teste fori observantia in Germania nunquam fuerunt rece-

receptæ. Et ergò ea distinctio inter inutiles meritò refertur, non minùs ac illa observatio, quod actio L. Aquiliæ inficiandô in duplum crescat.

LIB. XI. TIT. I.

De Interrogationibus in jure faciendis & interrogatoriis actionibus.

DISTINCT. I.

Inter *Articulos* & *Positiones*.

AD Articulos respondent testes, ad positiones autem ipsa pars, contra quam agitur, regulariter Reus, interdum quoque Actor, intuitu scilicet exceptionis oppositæ & in positiones redactæ. Positiones etiam negativè concipi possunt per vocem: nicht wahr; sed articuli solùm affirmativè. Positionum contenta fatetur ponens, non vero articulorum, qui a horum veritas à depositione testium demùm dependet, quod ta-

men subtilitatem sapere videtur, ut ipse agnoscit Brunnem. *in Proc. civ. c. 17. n. 2.*

LIB. XI. TIT. IV.
De Fugitivis.
DIST. I.
Inter *Fugitivum* & *Erronem*.

FUgitivus servus dicitur, qui non redit; erro autem, qui circumvagatur quidem, sed tandem tamen redit, verùm seriùs & temporibus in res nugatorias consumtis, *l. 17. §. 1. 2. & 14. ff. de Ædil. Edict.* In effectu tamen nihil interest, quia utroque casu damni obvenientis resarcitio petitur & simul pœna dupli. Hodie quidem, si quis liberos, famulos & subditos corrumpat, Parentibus, Dominis & Magistratui eô nomine itidem actio datur, hoc enim æquitas naturalis suggerit; sed non competit ea in duplum, ergò etiam necessitas non efflagitat, ut eandem actionem vtilem de servo corrupto appellemus.

LIB. XI. TIT. V.
De Aleatoribus.
DISTINCT. I.
Inter ludum *artis*, *fortunæ* & *mixtum*.

HAec distinctio maximam in foro Romano præbebat utilitatem. Ludi enim *artis*, v. g. hastiludia, item quando pretium ei decernitur, qui saltandô, digladiandô, perorandô, &c. reliquos vincit, jure Romanô omninò erant permissi, *v. l. 3. ff. h. t.* At verò ludi *fortunæ* v. g. quando tesseris luditur, nec non ludi *mixti*, v. g. in chartis lusoriis & similibus, in totum prohibiti erant, *l. f. C. h. t.* Hodiè non modò plurimi DD. testantur, sed experientia quoque hoc comprobat, omnes ludos esse permissos, quippe qui maximè in ipsis Aulis frequentantur & illi, qui ludendô succubuerunt, ad perditum solvendum omninò adstringuntur. Hinc suâ sponte consequitur, adlatam distinctionem apud nos in praxi nullum usum amplius præstare. Alia quæstio est: annon Principes melius face-

rent, si prohibitionem juris Romani in fora iterum introducerent? quam quidem affirmamus, sed ad nos non pertinet potestas Legislatoria, nec etiam Principes à nobis desiderârunt, ut hâc parte ipsis consilia ad novas Leges ferendas suppeditemus. Ergò expectandum est tempus, ubi forsan ludi fortunæ & mixti propter maximum eorum abusum, præsertim apud juvenes, qui negari non potest, iterum abrogabuntur.

LIB. XI. TIT. VII.

De Religiosis & sumtibus funerum & ut funus ducere liceat.

DISTINCT. I.

Inter Sepulturam *honestam* & *inhonestam*.

HOnesta fit cum ritibus in quocunque loco consuetis mit Gesang und Klang / vel Christlichem Gebrauche nach/

nach/ prout communiter dicere solent. Inhonesta his omnibus destituitur. Usus distinctionis hic est: quemadmodum quilibet, quamdiu vivit, præsumtionem bonitatis pro se habet, ita quoque eadem præsumtio post mortem hoc operatur, ut in dubio ab honesta sepultura excludi non possit, sed actio injuriarum competat contra eum, qui ejusmodi ceremonias cadaveri alicujus denegare intendit. Inhonesta ergò locum non invenit, nisi in casibus à Lege notatis, v. g. in contemtoribus verbi divini & Sacramentorum, *c. 12. X. de sepult.* usurariis manifestis, *c. 3. X. de usur.* & propricidis ob malam conscientiam, v. Carpzov. *Jurispr. Consist. lib. 2. Def. 376. 381. seqq.*

DIST. II.

Inter sepulturam honestam *solennem & minùs solennem.*

Solennem paulò ante descripsimus, quòd variis ceremoniis peragatur, de quibus latè Schilter. *instit. jur. canon. l. 2. Tit. 14. §. 13. seqq.* Minùs solennis est, ubi ejusmodi ceremoniæ omittuntur, non ex præcepto juris, sed ex proprio beneplacito ad parcendos sumtus, quod hodiè communiter fit,

wenn die Leichen des Abends in der Stille beygesetzet werden. Hæc posterior species cum inhonesta confundi non debet, quippe in qua consvetæ solennitates ex præcepto legis omittuntur.

DIST. III.

Inter sepulturam inhonestam *humanam & caninam s. asininam.*

H*Umana* in iis obtinet, quorum mentionem sub *Dist. I.* injecimus, contemtoribus verbi divini, usurariis, irreconciliabilibus, quippe qui per vespillones vel planè extra cœmeterium, vel in cœmeterio prope murum & ab aliis plane separato loco sepeliuntur, ex superstitione Pontificia, quia scilicet contigua ecclesiæ loca simul cum ecclesia consecrata censentur, Aug. Barbos. *de jur. eccles. l. 2. c. 9. n. 7. 8.* Struv. *S. I. C. Ex. 3. th. 72.* & ergò per ejusmodi cadaveris illationem profanari non debent. *Asinina* nomen suum, ut puto, sortita est ex loco *Jerem. XXII. vers. 18. & 19.* ubi Propheta de Rege Joiakim dicit; Man wird ihn nicht klagen, ach Bruder, ach Schwester, man wird ihn nicht klagen, ach Herr, ach Edler, Er

soll wie ein Esel begraben werden/ zuschleifft und hinausgeworffen für die Thore zu Jerusalem. Hanc expectare tenentur, qui ex desperatione, vel conscientia criminis commissi sibi ipsis mortem consciverunt. Peragitur à carnifice ejusque ministris, qui cadaver rhedæ suæ imponunt & in loco inhonesto, auff dem Schind-Anger/ sepeliunt, v. Schilter *inst. jur. canon. l. 2. Tit. 14. §. 9. & 10.* Damhouder. *prax. rer. crimin. c. 90. n. 9.* Heigius *p. 2. qv. 36. n. 64.* Finckelth. *obs. 43. n. 15.* Furiosorum & melancholicorum sibi manus inferentium, item infantum nondum baptizatorum sepultura ad honestas minus solennes pertinet, v. Finckelth. *d. l. num. 16.*

DISTINCT. IV.

Inter sepulchra *familiaria & hereditaria.*

PRioribus omnes agnati utuntur, licet non sint heredes; sed posteriora saltem ad heredes pertinent, v. Struv. *Ex. 15. th. 69.* Brunnem. *Rep. Parat. Wesenb. h. t. qv. 5.*

DISTINCT. V.

Inter *Cenotaphium & sepulchrum.*

CEnotaphium (quod honoris saltem & memoriæ causâ fit,) non est locus reli-

gio-

giosus; & ideò iterum ad usus profanos adplicari potest; secus in sepulchro, cui cadaver jam illatum est, Joh. Kirchmann. *de funer. Rom. l. 3. c. 27.* Struv. *loc. prox. cit.*

LIB. XII. TIT. I.

De Rebus creditis, si certum petatur & de condictione.

DIST. I.

Inter Mutuum *naturale*, *civile* & *mixtum*.

N*Aturale* vocant, quod contrahitur ipsâ naturali pecuniæ numeratione interveniente: *civile*, ubi quis spe futuræ numerationis accepisse confessus est, quod reverà non accepit: & denique *mixtum*, ubi vel alius meô nomine numerat pecuniam, vel cum ante aut post numerationem stipulatio interponitur, prout hoc ita explicat Petr. Nicol. Mozz *de contract. tit. de divis. mut.* v. Struv. *S. I. C. Exerc. 16. th. 6.* qui tamen

men hanc divisionem & Lauterbach *ad h. t.* cum eo illam recte rejicit. Civile enim, quod vocant, est peculiaris contractus, *chirographarius* scilicet: mixtum itidem, si alius meô nomine pecuniam numerat, non constituit novam mutui speciem, quod enim quisque per alium facit, per se fecisse putandus est; si autem stipulatio vel antecessit, vel sequuta est, ad mutuum planè referri nequit. Ergò quia ipsa distinctio falsa est, forsan non opus erit, ut de ejus usu practico verba faciamus.

DIST. II.

Inter Mutuum *verum* & *præsumtum.*

PRæsumtum est contractus literalis seu chirographarius. Ergò hæc distinctio eôdem & non meliori nititur fundamento, quam præcedens, unde hîc repeti possunt, quæ ibi dicta sunt.

DISTINCTIO III.

Inter Exceptionem non numeratæ pecuniæ *Debitori* & *creditori* competentem.

USus in præscriptione diversâ sese exerit, Exceptio enim n. n. p. Debitori competens

tens elapsô bienniô excluditur; §. *un. I. de liter. oblig.* (unde quando Lauterbach *ad h. t.* eandem perpetuam esse asserit; hoc saltem *ratione effectus*, postquam scilicet semel opposita fuit, intelligi debet, quod etiam indicat verbum sequens: *peremtoria.*) Quando autem Creditor contra apocham debitori forsan datam replicare vult, hoc intra XXX dies fieri debet, *l. 14. §. 2. C. h. t.*

DIST. IV.

Inter Exceptionem *non numeratæ pecuniæ* & *non numeratæ dotis.*

PRior, uti modò dictum, biennii lapsu excluditur. Circa posteriorem distinguendum: Aut matrimonium intra biennium solvitur, & tunc *annô continuô* à tempore soluti matrimonii: aut solvitur post biennium, intra decennium tamen, & tunc *tribus mensibus* excluditur exceptio non numeratæ dotis: aut denique ultra decem annos durat conjugium, & tunc planè cessat illa querela, *Auth. quod locum habet. C. de dot. caut. non numer.*

DIST. V.

DISTINCT. V.

Inter renunciationem exceptionis non num. pecun. *in chirographo & in separata schedula* factam.

PRior nihil valet. Facta enim est spe futuræ numerationis, quæ spes tamen sæpe fallit. Posterior autem exceptionem non numeratæ pecuniæ omninò excludit. Separatam enim schedulam aliquis spe futuræ numerationis dedisse non censetur, vid. Carpzov. *P. 1. Const. 32. Def. 65.*

DISTINCT. VI.

Inter formulas: Cajus hat mir 1000. Rthl. geliehen/ so wahr mir Gott helffe & : Ich will Cajo die geliehene 1000. Rthl. wieder geben/ so wahr mir Gott helffe.

POsterior non impedit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quia supponit conditionem, *modò pecunia numeretur*, quod utrum factum fuerit, aliunde prius probari debet, *v. l. 16. C. de non num. pecun.* secus in priori, quippe cum nemo sub nuda spe fal-

men subtilitatem sapere videtur, ut ipse agnoscit Brunnem. *in Proc. civ. c. 17. n. 2.*

LIB. XI. TIT. IV.

De Fugitivis.

DIST. I.

Inter *Fugitivum* & *Erronem*.

Fugitivus servus dicitur, qui non redit; erro autem, qui circumvagatur quidem, sed tandem tamen redit, verùm seriùs & temporibus in res nugatorias consumtis, *l. 17. §. 1. 2. & 14. ff. de Ædil. Edict.* In effectu tamen nihil interest, quia utroque casu damni obvenientis resarcitio petitur & simul pœna dupli. Hodie quidem, si quis liberos, famulos & subditos corrumpat, Parentibus, Dominis & Magistratui eô nomine itidem actio datur, hoc enim æquitas naturalis suggerit; sed non competit ea in duplum, ergò etiam necessitas non efflagitat, ut eandem actionem vtilem de servo corrupto appellemus.

LIB. XI. TIT. V.
De Aleatoribus.

DISTINCT. I.
Inter ludum *artis*, *fortunæ* & *mixtum*.

HAec distinctio maximam in foro Romano præbebat utilitatem. Ludi enim *artis*, v. g. hastiludia, item quando pretium ei decernitur, qui saltandô, digladiandô, perorandô, &c. reliquos vincit, jure Romanô omninò erant permissi, *v. l. 3. ff. h. t.* At verò ludi *fortunæ* v. g. quando tesseris luditur, nec non ludi *mixti*, v. g. in chartis lusoriis & similibus, in totum prohibiti erant, *l. f. C. h. t.* Hodiè non modò plurimi DD. testantur, sed experientia quoque hoc comprobat, omnes ludos esse permissos, quippe qui maximè in ipsis Aulis frequentantur & illi, qui ludendô succubuerunt, ad perditum solvendum omninò adstringuntur. Hinc suâ sponte consequitur, adlatam distinctionem apud nos in praxi nullum usum amplius præstare. Alia quæstio est: annon Principes melius face-

rent, si prohibitionem juris Romani in fora iterum introducerent? quam quidem affirmamus, sed ad nos non pertinet potestas Legislatoria, nec etiam Principes à nobis desiderârunt, ut hâc parte ipsis consilia ad novas Leges ferendas suppeditemus. Ergò expectandum est tempus, ubi forsan ludi fortunæ & mixti propter maximum eorum abusum, præsertim apud juvenes, qui negari non potest, iterum abrogabuntur.

LIB. XI. TIT. VII.

De Religiosis & sumtibus funerum & ut funus ducere liceat.

DISTINCT. I.

Inter Sepulturam *honestam* & *inhonestam*.

Honesta fit cum ritibus in quocunque loco consuetis mit Gesang und Klang/ vel Christlichem Gebrauche nach/

nach/ prout communiter dicere solent. Inhonesta his omnibus destituitur. Usus distinctionis hic est: quemadmodum quilibet, quamdiu vivit, præsumtionem bonitatis pro se habet, ita quoque eadem præsumtio post mortem hoc operatur, ut in dubio ab honesta sepultura excludi non possit, sed actio injuriarum competat contra eum, qui ejusmodi ceremonias cadaveri alicujus denegare intendit. Inhonesta ergò locum non invenit, nisi in casibus à Lege notatis, v. g. in contemtoribus verbi divini & Sacramentorum, *c. 12. X. de sepult.* usurariis manifestis, *c. 3. X. de usur.* & propricidis ob malam conscientiam, v. Carpzov. *Jurispr. Consist. lib. 2. Def. 376. 381. seqq.*

DIST. II.

Inter sepulturam honestam *solennem & minus solennem.*

SOlennem paulò ante descripsimus, quod variis ceremoniis peragatur, de quibus latè Schilter. *instit. jur. canon. l. 2. Tit. 14. §. 13. seqq.* Minùs solennis est, ubi ejusmodi ceremoniæ omittuntur, non ex præcepto juris, sed ex proprio beneplacito ad parcendos sumtus, quod hodiè communiter fit, wenn

wenn die Leichen des Abends in der Stille beygesetzet werden. Hæc posterior species cum inhonesta confundi non debet, quippe in qua consvetæ solennitates ex præcepto legis omittuntur.

DIST. III.

Inter sepulturam inhonestam *humanam & caninam s. asininam.*

H*Umana* in iis obtinet, quorum mentionem sub *Dist. I.* injecimus, contemtoribus verbi divini, usurariis, irreconciliabilibus, quippe qui per vespillones vel planè extra cœmeterium, vel in cœmeterio prope murum & ab aliis plane separato loco sepeliuntur, ex superstitione Pontificia, quia scilicet contigua ecclesiæ loca simul cum ecclesia consecrata censentur, Aug. Barbos. *de jur. eccles. l. 2. c. 9. n. 7. 8.* Struv. *S. I. C. Ex. 3. th. 72.* & ergò per ejusmodi cadaveris illationem profanari non debent. *Asinina* nomen suum, ut puto, sortita est ex loco *Jerem. XXII. vers. 18. & 19.* ubi Propheta de Rege Joiakim dicit; Man wird ihn nicht klagen / ach Bruder / ach Schwester / man wird ihn nicht klagen / ach Herr / ach Edler / Er

soll

soll wie ein Esel begraben werden/ zuschleifft und hinausgeworffen für die Thore zu Jerusalem. Hanc expectare tenentur, qui ex desperatione, vel conscientiâ criminis commissi sibi ipsis mortem consciverunt. Peragitur à carnifice ejusque ministris, qui cadaver rhedæ suæ imponunt & in loco inhonesto, auff dem Schind-Anger/ sepeliunt, v. Schilter *inst. jur. canon. l. 2. Tit. 14. §. 9. & 10.* Damhouder. *prax. rer. crimin. c. 90. n. 9.* Heigius *p. 2. qv. 36. n. 64.* Finckelth. *obs. 43. n. 15.* Furiosorum & melancholicorum sibi manus inferentium, item infantum nondum baptizatorum sepultura ad honestas minus solennes pertinet, v. Finckelth. *d. l. num. 16.*

DISTINCT. IV.

Inter sepulchra *familiaria & hereditaria.*

PRioribus omnes agnati utuntur, licet non sint heredes; sed posteriora saltem ad heredes pertinent, v. Struv. *Ex. 15. th. 69.* Brunnem. *Rep. Parat. Wesenb. h. t. qv. 5.*

DISTINCT. V.

Inter *Cenotaphium & sepulchrum.*

CEnotaphium (quod honoris saltem & memoriæ causâ fit,) non est locus religio-

giosus; & ideò iterum ad usus profanos adplicari potest; secus in sepulchro, cui cadaver jam illatum est, Joh. Kirchmann. *de funer. Rom. l. 3. c. 27.* Struv. *loc. prox. cit.*

LIB. XII. TIT. I.

De Rebus creditis, si certum petatur & de condictione.

DIST. I.

Inter Mutuum *naturale*, *civile* & *mixtum*.

N*Aturale* vocant, quod contrahitur ipsâ naturali pecuniæ numeratione interveniente: *civile*, ubi quis spe futuræ numerationis accepisse confessus est, quod reverà non accepit: & denique *mixtum*, ubi vel alius meô nomine numerat pecuniam, vel cum ante aut post numerationem stipulatio interponitur, prout hoc ita explicat Petr. Nicol. Mozz *de contract. tit. de divis. mut.* v. Struv. *S. I. C. Exerc. 16. th. 6.* qui tamen

men hanc divisionem & Lauterbach *ad h. t.* cum eo illam recte rejicit. Civile enim, quod vocant, est peculiaris contractus, *chirographarius* scilicet: mixtum itidem, si alius meô nomine pecuniam numerat, non constituit novam mutui speciem, quod enim quisque per alium facit, per se fecisse putandus est; si autem stipulatio vel antecessit, vel sequuta est, ad mutuum planè referri nequit. Ergò quia ipsa distinctio falsa est, forsan non opus erit, ut de ejus usu practico verba faciamus.

DIST. II.

Inter Mutuum *verum* & *præsumtum.*

PRæsumtum est contractus literalis seu chirographarius. Ergò hæc distinctio eôdem & non meliori nititur fundamento, quam præcedens, unde hîc repeti possunt, quæ ibi dicta sunt.

DISTINCTIO III.

Inter Exceptionem non numeratæ pecuniæ *Debitori* & *creditori* competentem.

USus in præscriptione diversâ sese exerit. Exceptio enim n. n. p. Debitori competens

DISTINCT. V.

Inter renunciationem exceptionis non num. pecun. *in chirographo & in separata schedula* factam.

PRior nihil valet. Facta enim est spe futuræ numerationis, quæ spes tamen sæpe fallit. Posterior autem exceptionem non numeratæ pecuniæ omninò excludit. Separatam enim schedulam aliquis spe futuræ numerationis dedisse non censetur, vid. Carpzov. *P. 1. Const. 32. Def. 65.*

DISTINCT. VI.

Inter formulas: Cajus hat mir 1000. Rthl. geliehen/ so wahr mir Gott helffe & : Ich will Cajo die geliehene 1000. Rthl. wieder geben/ so wahr mir Gott helffe.

POsterior non impedit exceptionem non numeratæ pecuniæ, quia supponit conditionem, *modò pecunia numeretur*, quod utrum factum fuerit, aliunde prius probari debet, *v. l. 16. C. de non num. pecun.* secus in priori, quippe cum nemo sub nuda spe fal-

laci juråsse præsumatur, vid. Brunnem. *in Comm. Cod. ad d. l. 16. C. de non num. pecun.* Carpzov. *alleg. Def. 65.*

LIB. XII. TIT. II.

De Jurejurando sive voluntario, sive necessario, sive judiciali.

DISTINCT. I.

Inter juramentum *credulitatis* & *veritatis*.

Juramentum *veritatis* de certa scientia & super facto proprio præstatur, unde hic usitata formula: die Klage ins Gewissen schieben: Juramentum vero *credulitatis* de justa saltem opinione concipitur deque facto alieno, vel admodùm antiquo proprio, quo casu hoc modô fit delatio: daß man es dem andern in seine Wissenschafft und Wollbewust geschoben haben wolle. Hæc quoad diversum conceptum. Usus practicus in eo sese exserit, quod is, qui juramen-

tum

tum veritatis præstitit, contrariò probatò tanquam perjurus puniri queat, quia dolose fefellit alterum, ad cujus delationem juravit. Sed propter juramentum credulitatis ejusmodi pœna locum non invenit. Neque enim hic jurans certò quid affirmat, sed tantùm verosimiliter. At verò eô ipsô non negat, quod non etiam aliter forsan se res habere queat. Poteſt hinc ſimul decidi quæstio: *utrum heres juramentum defuncto delatum adhuc præstare possit?* Resp. enim, heres non jurat de veritate, benè tamen de credulitate, v. Carpzov. *P. 1. C. 12. Def. 40. seq. & Const. 24. Def. 1. seqq.*

DIST. II

Inter juramentum *explicitum* & *implicitum.*

PRius cognoscitur ex consueta formula: So wahr mir Gott helffe/ ubi interdum additur: und sein heiliges Wort/ vel und das H. Evangelium: vel durch JEsum Christum: posterius ex aliis formulis, v. g. So wahr Gott lebt: Bey dem Wort der ewigen Wahrheit: ich will Gottes Angesicht nicht schauen: ich will kein Kind Gottes oder der ewigen Seeligkeit werden/ &c. Quoad usum fori addiscendum quæ-

ritur: *utrum perinde sit, sive quis explicitum, sive implicitum saltem juramentum præstet?* Respondemus, verbis Carpzovii *P. 2. C. 16. Def. 6.* quod non negemus quidem, Deum implicitè per verbum veritatis (& similes formulas) invocari, ac proinde promissionem sub verbo præsertim æternæ vel divinæ veritatis factam absque nota impietatis violari non posse, intelligitur namque per verbum veritatis divinæ ipsemet JESUS CHRISTUS verbum patris, (hypostaticum, ut Theologi loqui consueverunt) Salvator noster, *Joh. 1. v. 1.* unde etiam Lutherus hanc formulam pro juramento agnoscit *in enarratione II. præcepti*, add. Joh. Zanger. *de except. p. 3. c. 11. num. 192. & 193.* nihilominus tamen, quoties in judiciis nostris juramentum aliquod præstandum est, sive in civilibus, sive in criminalibus, sive sit suppletorium, sive purgatorium, sive aliud aliquod; toties juramentum implicitum non sufficit, sed explicitum præcisè requiritur, puto, ex hac ratione, quia omnes homines, præsertim plebeji, non ita semper vim juramenti impliciti percipiunt, quod tamen, si actus effectum sortiri debet, sine dubio exigitur. Imò, ne quidem renunciationem mulieris sub promissione beym Wort der ewigen Wahr-

Wahrheit factam pro jurata & valida haberi posse, asserit idem Carpzov. *loc. cit.* Posses etiam hoc addere, quod ii, qui juramentum implicitum violarunt, non statim ut perjuri puniantur in foro externo, quod secus est intuitu juramenti expliciti.

DISTINCT. III.

Inter juramentum *solenne* & *minus solenne*.

PRius (quod *avisatum* etiam dicitur, ob avisationẽ de vitando perjurio præcedentem, Germ. ein zierlicher/ gelehrter Eyd) semper requiritur, quoties juramentum in judicio præstandum, posterius in extrajudicialibus sufficit. Plurimas solennitatum species pro diversitate locorum quàm maximè variantes recensuimus in *Disp. nostr. de solennibus juramentorum*, ubi tamen *Cap. II.* simul ostendimus, quod ex omissione ejusmodi solennitatum non statim irritum reddatur juramentum. Sunt enim mera accidentalia, invocatio autem nominis divini unicum est requisitum juramentorum essentiale.

DIST. IV.
Inter juramentum *assertorium* & *promissorium*.

PRius *de rebus præteritis* interponitur & de rebus non modo licitis, sed de actionibus quoque lege prohibitis & turpibus, v. g. quando in causis criminalibus Testis jurat, Cajum homicidium, adulterium, & id genus alia delicta commisisse, eô ipsô nihil illiciti admittitur, sed potius juramentum ad eruendam veritatem & sic ad bonum publicum promovendum tendit. Posterius autem *futura* respicit & de rebus illicitis non valet, quia aliàs ad delinquendum invitaret, ast turpium nulla est obligatio. Equidem ex *c. 28. X. de jurejur.* exsculpserunt DD. nostri famosam illam regulam: *Omne juramentum servandum esse, quod salvâ salute æterna servari potest*, unde distinguunt inter facta *naturaliter* & *civiliter turpia*, ita ut priorum intuitu non habeat efficaciam juramentum præstitum, bene tamen quoad posteriora, v. Lauterb. *ad h. tit.* sed distinguendum putarem: utrum Lex civilis aliquid *præcipiat* aut *prohibeat*, an vero saltem *permittat*; hoc posteriori casu admitto effatum juris canonici,

de

de quo etiam ſolummodò loquitur *cit. c. 28.* quippe quod de fœmina alienationem rerum dotalium juratò confirmante diſponit, quod in ſuum proprium præjudicium facere poteſt; quod ſi verò alii textus Juris Canonici hoc velint, ut etiam legi prohibitivæ vel præceptivæ renunciare liceat, illi tanquam Juri Principum detrahentes & ſic verbo divino contrariantes merito eſſent repudiandi, cum conſtans DD. ſit aſſertio, quod Jus Canonicum in terris Proteſtantium non ulterius ſit receptum, quàm quatenus illud juri divino non contrariatur.

DIST. V.

Inter juramentum *promiſſorium in ſpecie ſic dictum & confirmatorium.*

ITa ſubdiſtinguunt communiter juramentum promiſſorium, de quo ſub *diſt. præced.* modo dictum fuit. Hoc autem eo ipso innuunt Legem interpretes. Aut juramentum *ſtatim ab initio* accedit negotio celebrato, v. g. ſi quis dicat: dono tibi centum thaleros, ita me Deus adjuvet: aut accedit demùm *ex poſt facto*, poſtquam negotium jam ante ritè celebratum fuit, v. g. donaſti mihi

centum thaleros, non tamen eos statim solvis, unde post aliquod temporis intervallum ego de tua fide dubitare incipio, tu autem ut omne dubium mihi eximas, præviam illam donationem adjectô juramentô corroboras. Interim usum hujus distinctionis in praxi non deprehendo, sed quæ paulò ante de juramento promissorio generaliter considerato diximus, eadem ratione ad utramque hanc subspeciem applicari possunt.

DISTINCT. VI.
Inter juramentum *litis decisorium* & *æstimatorium.*

DUæ ut plurimum in judiciis obveniunt distinctæ quæstiones: *an* & deinde *quantum* actori debeatur? Prior determinatur per juramentum litis decisorium, posterior per æstimatorium, quod etiam *in litem* aliò nomine vocatur, de cujus speciebus ad *tit. seq.* agetur. Ceterùm rectè quidem DD. ad juramentum litis æstimatorium etiam *juramentum expensarum* referunt ex *Ordin. Camer. p. 1, tit. 66. 67.* Verum hic notandum, quod illud in nostris judiciis rarò frequentetur, quippe ubi Victor expensas sine juramento designare & Judex deinde eas moderare

derare solet, unde formula in sententiis consueta: Es ist auch Beklagter die auff diesen *Proceß* verwandte Unkosten nach vorhergehender *Liquidation* und erfolgter Mäßigung Klägern zu erstatten schuldig/ V. R. W. Exceptio esset forsan, si maxima summa impensarum nomine peteretur ab Actore, ubi pro re nata ad juramentum admitti posset.

DISTINCTIO VII.

Inter juramentum *respondendorum* & *litis decisorium.*

Quamvis aliquis mediante juramento respondendorum omnes & singulas ab altera parte oblatas positiones & sic totum ejus intentionis fundamentum negaverit, nihilominus tamen ab instituta actione nondum absolvitur, sed Actori via probandi adhuc patet, & licet hic deinde contrarium probet, nondum tamen ut perjurus consideratur. Quæ omnia secus se habent, postquam juramentum litis decisorium à Reo præstitum fuit. Ratio differentiæ hæc est: Juramentum respondendorum per indirectum saltem litis decisionem respicit, & nihil aliud est, quam species juramenti calumniæ, illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterb.*

tit. de interrog. in jur. fac. verb. Dandorum. Mevius *P. 3. Decis. 175. num.* & non tam de veritate, quam potius de credulitate concipitur, unde juxta stilum Cameræ per vocem: *credo* vel *non credo* responsiones efferuntur, quamvis juxta *Recess. Imp. noviss.* §. zu welchem Ende/ ꝛc: durch das Wort: Wahr oder nicht Wahr/ so viel ihr eigen Geschicht betrifft/ so viel aber frembde Geschicht betrifft &c. inter facta propria & aliena distingui debeat, v. Brunnem. *Proc. Civil. c. 17. n. 19. & 20.* Quicquid tamen sit, juramentum illud nihilominus manet solummodo juramentum calumniæ & sic prior adlata differentia inter illud & juramentum litis decisorium firmo adhuc stat talo, prout hoc quotidiana judiciorum praxis satis abundè confirmat.

DIST. IIX.

Inter juramentum *judiciale* & *extrajudiciale*, *s. voluntarium.*

Actus quidem judiciales & extrajudiciales aliàs de jure communi ratione validitatis & effectus parum ab invicem differunt, nisi dicere velis, (1) quod judiciales facilius probari possint & (2) quod majorem præsumtionem pro se habeant, quam extrajudiciales; sed verò quod præsentem materiam

riam attinet, non unus effectus Distinctionis juramenti adlatæ in Legibus deprehenditur. Scilicet juramentum extra judicium delatum species conventionis est, *l. 17. pr. h. t. l. 26 §. 2. ff. eod.* & ergo, quia omnes conventiones ab initio sunt meræ voluntatis, nemo ad illud suscipiendum tenetur, sed liberè recusari potest, v. g. si dicat alter: Ich mag nicht schweren/ ita ut propterea pœnam jurare nolentium, id est, præsumtionem confessionis factæ, non incurrat, quæ omnia in juramento in judicio delato aliter sese habent, ut deinde dicetur, ibi enim vel acceptandum est juramentum, vel referendum, vel conscientia probatione exoneranda. Porro, in juramento judiciali si refertur juramentum delatum, is, qui ante detulerat, illud præstare præcisè tenetur, quia non debet displicere conditio jurisjurandi ei, qui primo detulit, ut habet *l. 34. §. 7. ff. h. t.* secus in extrajudiciali, *d. l. 17. pr. h. t.* nam in relatione nova species conventionis adest, ad quam alter itidem cogi nequit. Denique magis vera est eorum sententia, qui statuunt, deferentem in extrajudiciali non esse obstrictum ad juramentum calumniæ, sibi enim imputet alter, quod illud delatum sponte acceptaverit, v. Lauterb. *ad*

b. t. p. m. 170. quod secus in judiciali. Posses & hoc addere: Post delatum juramentum judiciale debet accedere decretum Judicis, eam delationem confirmans, Carpz. *de Proc. tit. 11. art. 1. n. 133. & art 2. n. 2.* à qua confirmatione demum delatio suum effectum sortitur; ast extrajudiciale vires suas à sola delatione & acceptatione habet.

DIST. IX.

Inter juramentum *calumniæ generale* & *speciale* s. *malitiæ*.

Differunt hæ duæ species principaliter *objecto*. Juramentum calumniæ generale præstatur super tota causa, prout habent versiculi Poëtastri cujusdam:

Illud juretur, quod lis sibi justa videtur,
Et si quæretur, verum non inficietur:
Nil promittetur, nec falsa probatio detur,
Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.

Juramentum malitiæ autem super puncto quodam speciali. Et hinc simul profluit, quod prius regulariter *ab initio* Processus & *semel* tantum, posterius autẽ toties, quoties præsumtio contra alterutrum ex litigantibꝰ suboritur, quod non bonâ fide agat, sed protractionem processus intendat, v. g. si mul-

multæ dilationes petuntur: si quis interve-nire vult in processu: si quis exceptiones non fundatas objicit, &c. Prius præstatur *ab utraque parte simul*, & *ab Advocatis* etiam; posterius ab altero saltem litigante neque regulariter ab Advocatis.

DIST. X.

Inter juramentum litis decisorium *a judice & ab altera parte* delatum, quorum hoc *judiciale*, illud autem *necessarium* vocatur.

Post delatum juramentum *judiciale* tres viæ patent illi, quem delatio facta respicit. Aut enim potest juramentum acceptare, aut referre, (nisi forsan tale sit factum, cujus alter nullam notitiam habet, *l.34.§.8. ff. h. t.*) aut conscientiam probationibus exonerare, v. Rauchbar. *p.2. qv.3. n.19.* quod vocant, das Gewissen mit Beweiß vertreten/ & licet in hac probatione defecerit probans, nihilominus reliquæ duæ viæ ipsi salvæ adhuc manent. Formulam pronunciandi in ejusmodi casu habet Brunnem. *Proc. Civ. c. 23. num. 14.* daß N. dasjenige / was er

sich

sich zu Vertretung seines Gewissens zu beweisen angemaßet/ nicht bewiesen / dannenhero er den deferirten Eyd zu *præst*iren oder zu *referi*ren schuldig. Hæc in judiciali obtinent. Sed in juramento *necessario* duæ saltem viæ competunt, acceptatio & conscientiæ exoneratio. Relationi locus non est. Cui enim referret? an judici deferenti? sed hoc valdè absonum futurum esset. Asserit quidem Carpzov. *de Process. tit. 12. art. 2. num. 94.* citatus à Lauterb. *h. t.* quod nec probatio pro exoneranda conscientia in hoc juramento locum habeat. Sed eam sententiam tanquam fundamento destitutam rectè jam rejecit illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterb. h. t. verb. recusari.* Porrò, si acceptatur juramentum *judiciale*, deferens ante omnia juramentum calumniæ præstare tenetur, *l. 37. h. t.* aliàs enim quilibet ex mera malitia deferre interdum juramentum posset. At verò judex deferens *necessarium*, non jurat de calumnia, quippe qui præsumtionem Legis pro se habet, quod bonâ fide agat omnia. Denique & hæc notabilis inter utrumque juramentum intercedit differentia. *Iudiciale* semel præstitum non retractatur propter nova instrumenta, benè tamen *necessarium*. Ratio

tio differentiæ habetur in *l. 37. h. t.* quia in priori casu adest conventio quædam & transactio (ibi: *transactum sit negotium*) atque adeò alter sibi imputare debet, quod delationi juramenti rem commiserit. In posteriori casu autem illa ratio sine dubio cessat, quia delatio à Iudice facta. Hoc tamen adhuc notandum: scilicet, quando diximus, juramentum judiciale non posse retractari sub prætextu perjurii admissi, quod illud saltem intuitu privati interesse intelligendum sit. Criminaliter ergò nihilominus puniri poterit ille perjurus, cum pars deferens interesse publico præjudicium inferre neutiquam potuerit.

DISTINCT. XI.

Inter juramentum *suppletorium* & *purgatorium*.

PRius regulariter defertur Actori; posterius Reo. *Regulariter* inquam, interdum enim fieri potest, ut propositio convertatur, quando scilicet de exceptione agitur, ubi Reus actoris, actor autem Rei vices sustinet. Porro: quando defertur juramentum suppletorinm, tunc semiplena ad minimum probatio requiritur, quæ fit per

unum

unum testem omni exceptione majorem, Ant. Faber *in Cod. l. 4. tit. 1. Def. 4. n. 5. & Def. 18. n. 7.* sed si Judex vult deferre juramentum purgatorium, tunc saltem contra reum conjecturæ quædam adsunt, quæ probationem semiplenam non efficiunt, v. g. unus testis omni exceptione non major. Suppletorium in causis civilibus saltem defertur, non vero in criminalibus, quando de crimine pœnā corporis afflictivam inferente agitur, quia tunc probationes luce meridiana clariores requiruntur, *l. ult. C. de probat. ibique Gothofr.* Carpzov. *P. 1. C. 23. Def. 11.* Menoch. *A. I. Q. lib. 1. cent. 5. cas. 464. n. 1. seqq.* ast purgatorio & in civilibus & in criminalibus locus est, Mev. *p. 6. Dec. 147. num. 7.* Heig. *p. 1. qv. 40. n. 10.* unde negligentiæ Advocatorum (non enim dicam ignorantiæ) interdum adscribendum est, quod illud juramentum in favorem clientum suorum non urgeant ab adversario. Regula enim: *Actore non probante absolvendus est Reus*, non obstat, quò minus Reo indiciis gravato tortura illa spiritualis imponi queat.

DIST.

DIST. XII.

Inter juramentum purgatorium *in caufis civilibus* & *criminalibus* delatum.

USus quàm maximus in foro hìc deprehenditur. Si enim in caufis civilibus illud juramentum defertur, alter autem id præftare recufat, tunc manemus in regula vulgata: quod fcilicet jurare recufans pro confeffo habeatur, five, quod idem eft, incurrit pœnam jurare nolentium *v. l. 34. §. 6. & l. 38. ff. h. t.* aft, qui in criminalibus (gravibus fcilicet) jurare recufat, propterea non ordinaria, fed ordinaria faltem, pœna afficitur, Menoch. *A. I. Q. lib. 2. caf. 274. n. 5.* Zœfius *ad tit. de purgat. Canon. in f.* Brunnem. *Proc. civ. c. 23. n. 36.* condemnatus enim eft ex præfumtionibus faltem, & fic non adeft probatio luce meridiana clarior.

DIST. XIII.

Inter *Obteftationem* & *juramentum*.

OBteftatio vocatur, quando quis alterum nominato Deo, vel alia quadam re ipfi cariffima, vel ab ipfo maximè verenda, obfecrat

ſecrat de veritate dicenda, qualis eſt Archi-Sacerdotis *Matth 26 v.63.* Ich beſchwere dich bey dem lebendigen GOTT/ daß du uns ſageſt/ ob du ſeyeſt Chriſtus/der Sohn Gottes. Ejusmodi obteſtationem non eſſe juramentum, quilibet facilè videt, atque hinc cum juramento etiam confundi non debet, conſ. Exc. Thomaſius *Jurispr. Divin. l. 2. c. 9. §. 65.*

DIST. XIV.

Inter *conteſtationem* & *juramentum.*

IN juramento adeſt invocatio nominis divini; ſed conteſtatio dicitur, quando quis comparatione rei gratisſimæ (*alienæ* tamen non propriæ) aſſeverat, non minus ſibi cordi eſſe veritatem in illa re, ac ſibi eſt illa res nominata. Exempla habentur *Geneſ. 42. verſ. 15. 16.* ubi Joſeph fratres ſuos ita alloquitur: Daran will ich euch prüffen bey dem Leben Pharaonis/ &c. item *2. Reg. 2. v. 2. & 4.* ubi Eliſa ad Eliam: So wahr der HErr lebt/ und deine Seele/ich verlaß dich nicht. Exc. Thomaſius *loc. cit. §. 66.* Uſus in eo conſiſtit: utrum is, qui contravenit ejusmodi conteſtationi, tanquam perjurus in foro humano puniri poſſit? quæ ſine dubio negari debet.

DIST.

DIST. XV.

Inter *asseverationem* & *juramentum.*

IN asseveratione iterum non est invocatio nominis divini, ut in juramento, sed ea dicitur, quando quis comparatione rei *propriæ* gratissimæ testatur, sibi non minus cordi esse veritatem, ac sibi cordi est conservatio rei. Distingui tamen in duas classes solent ejusmodi contestationes. Scilicet vel fiunt *à Principibus & illustribus personis*, bey Fürstlichen wahren Worten/ Treu und Glauben/ Item bey Adelichen Treuen/ bey Cavaliers Parole, &c. vel *à privatis hominibus*, v. g. so wahr ich ein ehrlicher Mann bin/ich will ein Schelm/ oder nichts wehrt seyn/ &c. Posteriores nullum effectum regulariter producunt, nec pœnâ afficitur is, qui adhibitis hujus generis asseverationibus alterum fallit, nisi quod, ut aliàs, ad interesse conveniri possit. De prioribus verò dicitur, quod vim juramenti habeant, Gail. *2. Obs. 54. n. 11. & alii apud Lauterb. h. t.* idem potest esse, si propter specialem consvetudinem certi populi, vel certæ etiam sectæ, vis juramenti asseverationibus tribuatur, quo refero Quakerorum formulam: Bey Mannen und Worten/

ten/ conf. Dn.Thomaſ. *l.c.*§.*67*. Hugo Grotius *de J. B.& P.l.2.c.13.§.ult.* quamvis illud, quod de illuſtribus perſonis dictum,quoad vim obligationis ſaltem intelligi debeat, non autem eô reſpectu, ac ſi pœnæ perjurii ordinariæ propterea locus ſit,quod in Quakeris etiam locum invenire exiſtimo. Ergò adhùc multum intereſt, ut juramentum ab aſſeverationibus accuratè diſtinguatur. Poſſes etiam formulam: an Eydes ſtatt/ huc referre, quippe quæ ex omnium confeſſione vim veri juramenti non habet, v. Ruland. *de commiſſ.p. 2. l.2. c.11. num.32.*

LIB. XII. TIT. III.

De in Litem jurando.

DISTINCT. I.

Inter juramentum *affectionis* (ſ. ordinarium) & *veritatis* (ſ. extraordinarium.)

JUramentum affectionis toties præſtatur, quoties alter rem noſtram, (*ſpeciem* ſcilicet, eamque *raram admodùm*, ita ut ſimilis facilè haberi nequeat) quam ipſi forſan commodavimus, locavimus, vel penes ipſum depoſuimus, *dolò malò* reſtituere detrectat, vel eandem reſtituere paratus quidem

dem eſt, ita tamen dolô corruptam & deterioratam, ut uſum conſvetum nobis amplius præſtare non poſſit, *l. 5. §. 3. h. t. l. 68. ff. de R. V.* & huc pertinet quoque, ſi corruptio non quidem per dolum, per *latam* tamen *culpam* facta fuerit, agitur enim de privato ſaltem intereſſe conſequendo, & verò tunc lata culpa dolo æquiparari ſolet, *l. 32. ff. depoſ.* E contrario autem, ſi quis per *levem culpam* rem deterioravit, aut fecit etiam, quò minus eadem reſtitui posſit, juramento *veritatis* locus eſt, *l. 2. §. 1. ff. h. t.* In juramento *affectionis* ſine ulla taxatione in infinitum juratur, *d. l. 68. de R. V.* Per juramentum *veritatis* autem illud ſolummodô æſtimatur, quod intereſt agentis, *d. l. 2. §. 1. h. t.* juramentum *affectionis*, quia tendit ad coercendum admiſſum à defuncto dolum, non datur adverſus heredes, benè tamen juramentum *veritatis*, ubi meram rei reſtitutionem pro ſcopò habemus, v. Lauterbach. *ad h. t. circ. fin.*

Eam quoque tanquam notabilem differentiam adducere ſolent, quod juramentum *affectionis* in actionibus bonæ fidei ſolummodò locum habeat, non autem in judiciis ſtricti juris, in quibus nempe æſtimatio per juramentum *veritatis* ſuſcipitur. Sed

b. t. p. m. 170. quod secus in judiciali. Posses & hoc addere: Post delatum juramentum judiciale debet accedere decretum Judicis, eam delationem confirmans, Carpz. *de Proc. tit. 11. art. 1. n. 133. & art 2. n. 2.* à qua confirmatione demum delatio suum effectum sortitur; ast extrajudiciale vires suas à sola delatione & acceptatione habet.

DIST. IX.

Inter juramentum *calumniæ generale* & *speciale* s. *malitiæ*.

Differunt hæ duæ species principaliter *objecto*. Juramentum calumniæ generale præstatur super tota causa, prout habent versiculi Poëtastri cujusdam:

Illud juretur, quod lis sibi justa videtur,
Et si quæretur, verum non inficietur:
Nil promittetur, nec falsa probatio detur,
Ut lis tardetur, dilatio nulla petetur.

Juramentum malitiæ autem super puncto quodam speciali. Et hinc simul profluit, quod prius regulariter *ab initio* Processus & *semel* tantum, posterius autē toties, quoties præsumtio contra alterutrum ex litigantib9 suboritur, quod non bonâ fide agat, sed protractionem processus intendat, v. g. si mul-

multæ dilationes petuntur: si quis intervenire vult in processu: si quis exceptiones non fundatas objicit, &c. Prius præstatur *ab utraque parte simul*, & *ab Advocatis* etiam; posterius ab altero saltem litigante neque regulariter ab Advocatis.

DIST. X.

Inter juramentum litisdecisorium *à judice & ab altera parte* delatum, quorum hoc *judiciale*, illud autem *necessarium* vocatur.

POst delatum juramentum *judiciale* tres viæ patent illi, quem delatio facta respicit. Aut enim potest juramentum acceptare, aut referre, (nisi forsan tale sit factum, cujus alter nullam notitiam habet, *l.34.* §.*8.* *ff. h. t.*) aut conscientiam probationibus exonerare, v. Rauchbar. *p.2. qv.3. n.19.* quod vocant, das Gewissen mit Beweiß vertreten / & licet in hac probatione defecerit probans, nihilominus reliquæ duæ viæ ipsi salvæ adhuc manent. Formulam pronunciandi in ejusmodi casu habet Brunnem. *Proc. Civ. c. 23. num. 14.* daß N. dasjenige / was er

sich

sich zu Vertretung seines Gewissens zu beweisen angemaßet/ nicht bewiesen / dannenhero er den deferirten Eyd zu *praesti*ren oder zu *referi*ren schuldig. Hæc in judiciali obtinent. Sed in juramento *necessario* duæ saltem viæ competunt, acceptatio & conscientiæ exoneratio. Relationi locus non est. Cui enim referret? an judici deferenti? sed hoc valdè absonum futurum esset. Asserit quidem Carpzov. *de Process. tit. 12. art. 2. num. 94.* citatus à Lauterb. *h. t.* quod nec probatio pro exoneranda conscientia in hoc juramento locum habeat. Sed eam sententiam tanquam fundamento destitutam rectè jam rejecit illustr. Dn. Stryk. *in not. ad Lauterb. h. t. verb. recusari.* Porrò, si acceptatur juramentum *judiciale*, deferens ante omnia juramentum calumniæ præstare tenetur, *l. 37. h. t.* aliàs enim quilibet ex mera malitia deferre interdum juramentum posset. At verò judex deferens *necessarium*, non jurat de calumnia, quippe qui præsumtionem Legis pro se habet, quod bonâ fide agat omnia. Denique & hæc notabilis inter utrumque juramentum intercedit differentia. *Iudiciale* semel præstitum non retractatur propter nova instrumenta, benè tamen *necessarium*. Ratio

tio differentiæ habetur in *l.37. h. t.* quia in priori casu adest conventio quædam & transactio (ibi: *transactum sit negotium*) atque adeò alter sibi imputare debet, quod delationi juramenti rem commiserit. In posteriori casu autem illa ratio sine dubio cessat, quia delatio à Iudice facta. Hoc tamen adhuc notandum: scilicet, quando diximus, juramentum judiciale non posse retractari sub prætextu perjurii admissi, quod illud saltem intuitu privati interesse intelligendum sit. Criminaliter ergò nihilominus puniri poterit ille perjurus, cum pars deferens interesse publico præjudicium inferre neutiquam potuerit.

DISTINCT. XI.

Inter juramentum *suppletorium* & *purgatorium*.

PRius regulariter defertur Actori; posterius Reo. *Regulariter* inquam, interdum enim fieri potest, ut propositio convertatur, quando scilicet de exceptione agitur, ubi Reus actoris, actor autem Rei vices sustinet. Porro: quando defertur juramentum suppletorinm, tunc semiplena ad minimum probatio requiritur, quæ fit per

unum

unum testem omni exceptione majorem, Ant. Faber *in Cod. l. 4. tit. 1. Def. 4. n. 5. & Def. 18. n. 7.* sed si Judex vult deferre juramentum purgatorium, tunc saltem contra reum conjecturæ quædam adsunt, quæ probationem semiplenam non efficiunt, v. g. unus testis omni exceptione non major. Suppletorium in caussis civilibus saltem defertur, non vero in criminalibus, quando de crimine pœnā corporis afflictivam inferente agitur, quia tunc probationes luce meridiana clariores requiruntur, *l. ult. C. de probat. ibique Gothofr.* Carpzov. *P. 1. C. 23. Def. 11.* Menoch. *A. I. Q. lib. 1. cent. 5. cas. 464. n. 1. seqq.* ast purgatorio & in civilibus & in criminalibus locus est, Mev. *p. 6. Dec. 147. num. 7.* Heig. *p. 1. qu. 40. n. 10.* unde negligentiæ Advocatorum (non enim dicam ignorantiæ) interdum adscribendum est, quod illud juramentum in favorem clientum suorum non urgeant ab adversario. Regula enim: *Actore non probante absolvendus est Reus*, non obstat, quò minus Reo indiciis gravato tortura illa spiritualis imponi queat.

DIST.

DIST. XII.

Inter juramentum purgatorium *in causis civilibus* & *criminalibus* delatum.

USus quàm maximus in foro hìc deprehenditur. Si enim in causis civilibus illud juramentum defertur, alter autem id præstare recusat, tunc manemus in regula vulgata: quod scilicet jurare recusans pro confesso habeatur, sive, quod idem est, incurrit pœnam jurare nolentium *v. l.34.* §.*6.* *& l.38. ff. h.t.* ast, qui in criminalibus (gravibus scilicet) jurare recusat, propterea non ordinaria, sed ordinaria saltem, pœna afficitur, Menoch. *A.I.Q. lib.2. cas.274.n.5.* Zœsius *ad tit. de purgat. Canon. in f.* Brunnem. *Proc. civ. c. 23. n. 36.* condemnatus enim est ex præsumtionibus saltem, & sic non adest probatio luce meridiana clarior.

DIST. XIII.

Inter *Obtestationem* & *juramentum.*

OBtestatio vocatur, quando quis alterum nominato Deo, vel alia quadam re ipsi carissima, vel ab ipso maximè verenda, obsecrat

secrat de veritate dicenda, qualis est Archi-Sacerdotis *Matth. 26. v. 63.* Ich beschwere dich bey dem lebendigen GOTT/ daß du uns sagest/ ob du seyest Christus/der Sohn Gottes. Ejusmodi obtestationem non esse juramentum, quilibet facilè videt, atque hinc cum juramento etiam confundi non debet, conf. Exc. Thomasius *Jurispr. Divin. l. 2. c. 9. §. 65.*

DIST. XIV.

Inter *contestationem* & *juramentum.*

IN juramento adest invocatio nominis divini; sed contestatio dicitur, quando quis comparatione rei gratissimæ (*alienæ* tamen non propriæ) asseverat, non minus sibi cordi esse veritatem in illa re, ac sibi est illa res nominata. Exempla habentur *Genes. 42. vers. 15. 16.* ubi Joseph fratres suos ita alloquitur: Daran will ich euch prüffen bey dem Leben Pharaonis/ &c. item *2. Reg. 2. v. 2. & 4.* ubi Elisa ad Eliam: So wahr der HErr lebt/ und deine Seele/ich verlaß dich nicht. Exc. Thomasius *loc. cit. §. 66.* Usus in eo consistit: utrum is, qui contravenit ejusmodi contestationi, tanquam perjurus in foro humano puniri possit? quæ sine dubio negari debet.

DIST.

DIST. XV.

Inter *asseverationem* & *juramentum*.

IN asseveratione iterum non est invocatio nominis divini, ut in juramento, sed ea dicitur, quando quis comparatione rei *propriæ* gratissimæ testatur, sibi non minus cordi esse veritatem, ac sibi cordi est conservatio rei. Distingui tamen in duas classes solent ejusmodi contestationes. Scilicet vel fiunt *à Principibus & illustribus personis*, bey Fürstlichen wahren Worten/ Treu und Glauben/ Item bey Adelichen Treuen/ bey Cavaliers Parole, &c. vel *à privatis hominibus*, v. g. so wahr ich ein ehrlicher Mann bin/ich will ein Schelm/ oder nichts wehrt seyn/ &c. Posteriores nullum effectum regulariter producunt, nec pœnâ afficitur is, qui adhibitis hujus generis asseverationibus alterum fallit, nisi quod, ut aliàs, ad interesse conveniri possit. De prioribus verò dicitur, quod vim juramenti habeant, Gail. *2. Obs. 54. n. 11. & alii apud Lauterb. h. t.* idem potest esse, si propter specialem consvetudinem certi populi, vel certæ etiam sectæ, vis juramenti asseverationibus tribuatur, quo refero Quakerorum formulam: Bey Mannen und Worten/

dem est, ita tamen dolô corruptam & deterioratam, ut usum consvetum nobis amplius præstare non possit, *l.5. §.3. h.t.l.68. ff. de R.V.* & huc pertinet quoque, si corruptio non quidem per dolum, per *latam* tamen *culpam* facta fuerit, agitur enim de privato saltem interesse consequendo, & verò tunc lata culpa dolo æquiparari solet, *l.32. ff. depos.* E contrario autem, si quis per *levem culpam* rem deterioravit, aut fecit etiam, quò minus eadem restitui posit, juramento *veritatis* locus est, *l. 2. §. 1. ff. h. t.* In juramento *affectionis* sine ulla taxatione in infinitum juratur, *d.l.68. de R. V.* Per juramentum *veritatis* autem illud solummodô æstimatur, quod interest agentis, *d.l.2. §.1.h.t.* juramentum *affectionis*, quia tendit ad coercendum admissum à defuncto dolum, non datur adversus heredes, benè tamen juramentum *veritatis*, ubi meram rei restitutionem pro scopò habemus, v. Lauterbach. *ad h.t. circ. fin.*

Eam quoque tanquam notabilem differentiam adducere solent, quod juramentum *affectionis* in actionibus bonæ fidei solummodò locum habeat, non autem in judiciis stricti juris, in quibus nempe æstimatio per juramentum *veritatis* suscipitur. Sed

 illla

illa assertio, quod pace dissentientium dictum sit, nec juri civili, nec praxi nostrorum judiciorum consentanea esse videtur. Quod enim jus civile attinet, ibi nec in omnibus b.f. judiciis juramento affectionis locus est, sed in aliquibus saltem. De emtione, quæ sine dubio ad judicia b.f. pertinet, expressus habetur textus in *l.4. C. de act. emt. & vend.* ubi Impp. Diocletianus & Maximianus ita; *Si traditio rei vendita juxta emtionis contractum procacia venditoris non fiat: quanti interesse compleri emtionem fuerit, arbitratus Præses provincia, tantum in condemnationis rationem deducere curabit.* Puto tamen, quod & hîc exceptio esse possit, si forsan res rarà, cujus similis vel planè non, vel admodum difficulter haberi possit, vendita alicui fuerit. Hoc interim exinde ostendisse sufficiat, non esse regulam universalem; quod indistinctè in omnibus b. f. judiciis in litem jurare & pretium affectionis petere liceat. Quemadmodum autem hæc regula in contractibus b.f. affirmativè non procedit; ita nec è contrario in stricti juris judiciis universaliter dici potest, quod in illis nunquam illi juramēto locus relinquatur. Textus in *l.5. pr. &* §.*f.* item in *l.6. ff. b.t.* quam pro sua sententia adducit Lauterbach *Comp.*

jur.

jur. h.t. ipsi magis adversatur, quàm quod patrocinium præstet, quod etiam agnoscit B. Struvius *in S.J.C. Exerc.17. th.65.* quando asserit, in stricti juris judiciis juramento affectionis locum non dari, cum hac tamen restrictione, *præterquam si per accidens fiant arbitraria*, ad quam restrictionem probandam *d. l.5. §.f. h.t.* adducit. Audiamus ipsum Marcianum in *cit. §.f.* *Planè*, inquit, *interdum & in actione stricti judicii in litem jurandum, veluti si promissor Stichi moram fecerit & Stichus decesserit, quia judex æstimare sine relatione jurisjurandi non potest rem, quæ non extat.* Forsan verò dices, hoc de juramento veritatis saltem intelligi debere, quò etiam respexisse videtur Lauterbach, dum *pr. & d. §. f.* conjungit. Sed verò ex collatione *illius princ. cit. loc.* liquidò constat, quod de juramento affectionis locutus fuerit JCtus, quia ibi de jurejurando in judiciis b.f. & arbitrariis præstando expresse agitur. Quòd si urgeas: interim tamen verum manere, quod utplurimùm in b.f. rariùs autem in stricti juris judiciis juramentum in litem affectionis locum habeat, & verò in rebus moralibus regulæ universales ab eo desumi soleant, quod *utplurimum* obtinet; Resp. id quidem verum esse, sed simul addo, id nostrô casu

non exinde provenire, quia illi contractus sunt bonæ fidei, sed quia in illis utplurimum de rebus *in specie* restituendis agitur, v.g. in deposito, commodato, pignore, locato, &c. perinde ut in actionibus realibus, quæ arbitrariæ vocantur, ut in rei vindicatione & similibus. In hisce autem omnibus species illa, tanquam objectum actionis, ita comparata est, ut affectionem utplurimùm specialem recipiat. In actionibus stricti juris hoc autem interdum solummodò fit, v. g. si res rara donata, aut apud Romanos per stipulationem promissa fuerat. Ita ergò Regula ad sensum juris Romani formanda esse videtur: *In quibuscunque actionibus species rara, pretium affectionis recipiens, petitur, ibi juramentum affectionis præstatur, sive ea actio sit realis, sive personalis, sive b. f. sive stricti juris.*

Sed, posito etiam, adlatam differentiam in Legibus Romanis fundatam esse, ulterius tamen tunc inquirendum esset: *utrum ea adhuc hodiè apud nos usum in foro præstare possit?* Certe ea differentia ex nullo alio fundamento derivari posset, quàm quod judex pedaneus apud Romanos in judiciis stricti juris ad verba contrahentium præcisè adstrictus erat, nec ultra eadem progredi pote-

poterat, quamvis æquitas hoc ſvadere videretur, prout hoc accuratè oſtendit Weſenb. *in Parat. ff. b.t. num. 6.* ſed ubi locorum judices pedanei apud Germanos deprehenduntur? Et ergò ubi eſt hodiè tàm reſtricta eorum poteſtas? nullibi certè. Quid ergò? numne corruente fundamento effectus adhuc durare poterit? non videtur, niſi abſurdum aliquod admittere velimus.

Cupis forſan autoritates? Producimus Carpzovium, cujus verba in *P.1. c.23. Def.19. n.7. ſeqq.* ſequentia ſunt: *Etſi verò*, inquit, *lubens ſatear prædictam diſtinctionem* (inter judicia b. f. & ſtricti juris) *ab Interpretibus fuiſſe receptam, ac commodè etiam retineri atque defendi poſſe*, (de quo tamen nos propter ea, quæ paulò antè adduximus, adhuc dubitamus,) -- -- *non memini tamen*, addit, *in praxi hanc differentiam multum attendi, quin potius arbitrio judicis relinqui, quando juramentum hoc, ſive affectionis, ſive veritatis, deferendum exiſtimet. Nam circa jusjurandum in litem arbitrio judicis multùm eſſe tribuendum, ſatis apparet ex l 4. §.2. & 3. l.5. §.3. & 4. ff. de lit. jurand. Ex quo ſit*, ita concludit, *ut hodiè non ſolùm in omnibus b.f. actionibus ſive in rem, ſive in perſonam, quibus res reſtituitur, ſed etiam in ſtrictis judiciis, arbi-*

trariis & non arbitrariis ex causa justa atque sufficiente in litem juretur, ut notat Andr. Rauchbar. *p.1.qu.9.n.32.* Verba Carpzovii ita perspicua esse reor, ut nulla ratione de solo veritatis juramento intelligi possint, quamvis eadem ita explicare voluerit B. Brunneman. *ad l.5.ff. h.t.num.9.*

Facile quidem credimus, contrariæ sententiæ etiam non defuturos, quos pro stabilienda sua opinione adducere possint; sed in collisione ejusmodi diversarum autoritatum ea semper præferri debet, quæ cum genuinis principiis convenit, qualem Carpzovii esse, ante demonstratum fuit. Ex quo simul apparet, testimonium dicti Carpzovii non ad solam Saxoniam restringendum esse, sed ex identitate rationis ad omnia Germaniæ fora extendi & applicari jure debere. Conferantur omninò, quæ pro more suo hic solidissime deduxit Exc. Thomasius *in disp. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente cap.3.§.24. seqq.*

DIST. II.
Inter affectionem *extra rem & in ipsa re radicatam.*

Usum hujus distinctionis in eo ponunt nonnulli, quod juramentum in litem affe-

affectionis tunc saltem locum habeat, quando adest affectio *in ipsa re*, v. g. raritas, ut res similis vel plane non, vel tamen admodum difficulter iterum haberi possit; non autem si *extra rem* est, v. g. si quis rem aliquam propterea maximi faciat, quia ipsi à Principe, vel Patrono eadem donata fuit, quæ sententia placuisse videtur Lauterbachio *circ. fin. h. t.* & Dn. Beyero *in Pos. ff. ad h. t. pos. 2. 3. & 4.* conf. quos citat Brunnem. *ad l. 1. ff. h. t. num. 7.* & Hilliger *ad Donell. lib. 26. c. 6. lit. D.* Verum hæc opinio simpliciter approbari nequit, cum juxta *l. 38. ff. de minor.* interdum quoque affectio extra rem consideretur. Ita enim Hermogenianus *in d. l. Si in emtionem*, inquit, *penes se collocatam minor adjectione ab alio superetur; implorans in integrum restitutionem audietur, si ejus interesse, emtam ab eo rem fuisse, adprobetur*: veluti quod majorum ejus fuisset: *ita tamen, ut id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori.* Eodem fere recurrunt, quæ Javolenus in *l. 36. ff. de bon. libert.* habet, ubi ita: *Multi enim casus intervenire possunt, quibus expediat Patrono petere bonorum possessionem, quamvis æris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii ejus excedat*: veluti, si prædia sunt aliqua ex bonis liberti

trariis & non arbitrariis ex causa justa atque sufficiente in litem juretur, ut notat Andr. Rauchbar. *p.1.qu.9.n.32.* Verba Carpzovii ita perspicua esse reor, ut nulla ratione de solo veritatis juramento intelligi possint, quamvis eadem ita explicare voluerit B. Brunneman. *ad l.5.ff. h.t.num.9.*

Facile quidem credimus, contrariæ sententiæ etiam non defuturos, quos pro stabilienda sua opinione adducere possint; sed in collisione ejusmodi diversarum autoritatum ea semper præferri debet, quæ cum genuinis principiis convenit, qualem Carpzovii esse, ante demonstratum fuit. Ex quo simul apparet, testimonium dicti Carpzovii non ad solam Saxoniam restringendum esse, sed ex identitate rationis ad omnia Germaniæ fora extendi & applicari jure debere. Conferantur omninò, quæ pro more suo hic solidissime deduxit Exc. Thomasius *in disp. de pretio affectionis in res fungibiles non cadente cap.3. §.24. seqq.*

DIST. II.
Inter affectionem *extra rem & in ipsa re radicatam.*

USum hujus distinctionis in eo ponunt nonnulli, quod juramentum in litem affe-

affectionis tunc saltem locum habeat, quando adest affectio *in ipsa re*, v. g. raritas, ut res similis vel plane non, vel tamen admodum difficulter iterum haberi possit; non autem si *extra rem* est, v. g. si quis rem aliquam propterea maximi faciat, quia ipsi à Principe, vel Patrono eadem donata fuit, quæ sententia placuisse videtur Lauterbachio *circ. fin. h. t.* & Dn. Beyero *in Pos. ff. ad h. t. pos. 2. 3. & 4.* conf. quos citat Brunnem. *ad l. 1. ff. h. t. num. 7.* & Hilliger *ad Donell. lib. 26. c. 6. lit. D.* Verum hæc opinio simpliciter approbari nequit, cum juxta *l. 38. ff. de minor.* interdum quoque affectio extra rem consideretur. Ita enim Hermogenianus *in d. l. Si in emtionem*, inquit, *penes se collocatam minor adjectione ab alio superetur; implorans in integrum restitutionem audietur, si ejus interesse, emtam ab eo rem fuisse, adprobetur*: veluti quod majorum ejus fuisset: *ita tamen, ut id, quod ex licitatione accessit, ipse offerat venditori.* Eodem fere recurrunt, quæ Javolenus in *l. 36. ff. de bon. libert.* habet, ubi ita: *Multi enim casus intervenire possunt, quibus expediat Patrono petere bonorum possessionem, quamvis aris alieni magnitudo, quam libertus reliquerit, facultates patrimonii ejus excedat*: veluti, si prædia sunt aliqua ex bonis liberti

in

do intenti, quorum erogatione commodum suum promovere possunt, quæ commodi promotio in rebus singularibus cessat. Ergo avaro aliquot nummi à Principe donati magis arrident, quam alia gratiæ & benevolentiæ testimonia, quia non illam primario intendit, sed tantum habet pro medio perveniendi ad finem suum, scilicet ad divitias.

Aliter res sese *ambitiosorum* intuitu habet. Unde omnes fere circumstantiæ, propter quas affectio circa rem adesse creditur, unice in aliqua ambitione fundantur, *v. g. quod res sit donata à Principe.* Ambitiosus enim nihil ipsa gratia Principis antiquius habet. Et quamvis levissimum saltem fuerit, quod profectum est à Principe, ambitioso tamen id inæstimabile videtur. *Præmium illustris alicujus certaminis* eandem affectionem producit, & licet vel coronæ gramineæ, ut olim, ferreæ, aut quercinæ datæ fuerint, circumstantia tamen certaminis & fortitudinis magnam affectionem operatur. *Reliquias* porro *casus alicujus insoliti* magnifacere solemus, non ob alium finem, quam ut jactatione quadam multa de casu illo insolito & periculo, in quo nos tanquam homines singulares servati fuerimus, aliis nar-

narrare possimus, quo pertinet v. g. equus, cujus ope magnum periculum quis evasit, &c. Item, *quæ à majoribus accepimus* in magno etiam pretio habemus, antiquitas enim familiæ ambitionem auget, nam quo antiquior res est, eò antiquius præbet testimonium de antiquitate familiæ.

Quoad *Voluptuosos* similiter species quædam affectionis deprehenditur. Sed hi potius eo respiciunt, an res dilectas à sodalibus suis, vel ab amasia acceperint, quam à Principe, aut Viro quodam illustri. Unde linteolum, aut ligamentum, amoris testimonium, ein Affections-Bändgen/ pluris faciunt, quam alias res pretiosissimæ ab aliis æstimari solent.

Applicationem jam ita facimus: *Pretium affectionis ex ambitione proveniens, licet affectio sit extra rem posita, juramento in litem affectionis locum concedit, secus quam illud, quod ex voluptate oritur.* Ratio *cit. loc.* §. 26. suppeditatur. Nempe voluptas est vitium, quod omnium reprehensioni est obnoxium adeoque huic non succurrunt, neque ei favent Leges humanæ. Accedit, quod Leges ferantur ab ambitiosis hominibus, h. e. ab hominibus in virili ætate constitutis, qui aliis dominantur, qui adeoque Leges in-

ingenio proprio valde indulgentes condunt, & ea, quæ ipsis adversa sunt, condemnant. Adde *c.3.* §, *36. disp.* ubi ita: sicuti in jure non quilibet metus actionem quod metus causa producit, sed is demum, qui cadit in virum constantem, *l.5. & 6. A. quod met. caus.* & qui a Viris bonis, h. e. ambitiosis approbatus est, *l.8.* §. *2. eod.* ita nec omnis affectionis erga rem in judiciis ratio habetur, sed ejus demum, quæ cadit in virum honestum & gravem. Addimus ad illustrationem dictorum adhuc *l. 6.* §. *2. ff. de Oper. seruor.* ubi ita Ulpianus: *item*, inquit, *voluptatis vel affectionis æstimatio non habebitur, veluti si dilexerit eum* (servum) *dominus, aut in deliciis habuerit.*

LIB. XII. TIT. IV.

De Condictione causa data, causa non secuta.

DISTINCT. I.

Inter causam *præteritam* & *futuram*, ob quam aliquid datum fuit.

CAusa præterita huc non pertinet. Ponamus ergò, Titium, ædes suas Sempronio vendidisse non solùm, sed præterea etiam tradidisse, Sempronium vero

vero in solutione pretii hactenus moram commisisse; quaeritur, an Titius propterea jus poenitendi habeat & a contractu iterum resilire possit? Notum verò est ex vulgaribus principiis, quod in nullo contractu nominato, qualis est emtio-venditio, poenitendi facultas competat, sed solum propter moram alterius ad interesse agendum sit, consensus enim hîc absque pretii solutione jam perfectam producit obligationem, & in hoc consistit *causa* illa *praeterita*, *v. l. 8. C. de contrah. emt.* secus in contractibus innominatis, ubi ex solo praevio consensu, tanquam pacto nudo, causa, id est obligatio perfecta nondum oriebatur, sed ex traditione demum, v. g. Do, sed sub modo, UT DES: Do ut FACIAS, ergò ob causam saltem futuram, quae si non adimpletur, ut sperabam, facultas rem meam repetendi mihi etiam competit, *v. l. ult. ff. h. t.*

Quaeritur autem, cum hodie ratione obligationis inter contractus nominatos & innominatos non amplius sit differentia, utrum adlata distinctio usum aliquem adhuc in praxi praestet? Affirmativè respondendum esse existimamus. Nam adhuc frequenter accidit, ut aliquid detur sub modo, v. g. ut a lite discedatur, ut matrimonium

nium mecum contrahatur, quod fit in arrhis sponsalitiis & dote, nec non, ut negotium expediatur, quem tamen modum implere cessat alter, quis verò dubitaret, quod in tali casu huic nostræ condictioni non sit locus, *v. l.3.§. 2.& 3. l.6. aliasque ff. h.t.* Idem est, si quid donatum fuerit sub modo, *v.g. ut alter certa tibi alimenta præberet*, juxta *l. 1. C. de donat. quæ sub mod.* ubi etiam rei vindicatio conceditur, quæ aliàs quidem juxta principia Juris Romani in ejusmodi casibus locum non invenit.

Ad causam futuram alias quoque *conditio* referri solet; sed ea in præsenti materia non indigitatur. Deficiente enim conditione, totus actus annihilatur, *l. 37. ff. de contrah. emt. l. 8. pr. ff. de peric. & commod. rei vend.* ergo res tunc vindicari poterit à quocunque possessore. Quamvis verò in *l.3. & 7. C. de Condict. ob caus. dat.* synonymice accipiantur illa duo vocabula: *conditio* & *modus*; quilibet tamen vocem *conditionis* hic abusive sumi facilè advertit.

L LIB.

LIB. XII TIT. V.
De condictione ob turpem, vel injustam causam.

DISTINCT. I.

Inter causam *turpem* & *injustam*.

SOllicitè has duas species ab invicem distinguunt nonnulli LL. interpretes, ut Frantzkius *in Comm. ad h. t. num. fin.* Lauterbach. *ad h. t.* Perez *ad tit. C. de Condict. ex Lege n. ult.* nec non Struvius *S. I. C. Ex. 18. th. 28.* qui hanc differentiæ rationem (quantum ex subjectis ab eodem exemplis colligere licet) adducit, quod condictio ob *turpem* causam locum inveniat, si quid datum ratione alicujus præstandi *in futurum*, quod intuitu accipientis turpe sit; condictio autem ob *injustam* causam, si accipiens quid consecutus fuerit ex causa injusta *præterita*, v. g. si repeto pecuniam ex coacta stipulatione solutam, aut si condicuntur fructus, quos m. f. possessor ex re nostra provenientes consumsit, &c. Frantzkius *loc. cit.* ulterius condictionem *ob injustam causam* & *ex injusta causa* à se invicem distinguit, dicen-

cendo, quod prior respiciat futurum, posterior autem præteritum. Sed ita condictio ob injustam & turpem causam coincidere videtur? Has vero ita distinguit, ut condictio ob turpem causam locum habeat, si quid propter *singularem aliquam* turpitudinem futuram detur; ob injustam verò, si talis singularis turpitudo non subsit.

Verùmenimverò rectius monent alii, reverà nullam hic subesse differentiam. Omne turpe est injustum & omne injustum est turpe. Turpitudo quoque talis semper manet, sive tanquam præterita concipiatur, sive tanquam futura. Nec gradus turpitudinis diversam decisionem suppeditare potest. Et ergò sine causa duas rubricas Codici inseruit Tribonianus, unam *de condictione ob turpem*, alteram *de condictione ex injusta causa*, conf. Schilter. *Exerc. 24. th. 16.* Exc. Thomasius *in not. ad Strauch. Diss. 22. th. 9.*

Et quid si etiam concederemus dissentientibus, quod reverà inter utramque speciem differentia intercedat? ea tamen theoretica saltem esset, non practica, cum in eo conveniant omnes, quod non solùm illud, quod propter *injustam*, sed & quod propter *turpem* causam dedi, indistinctè iterùm re-

 peti

repeti possit. Ergò eorum intuitu, qui hic nimis subtiliter disputant, vulgatum illud optimè applicatur:

Maxima de nihilo nascitur historia.

DIST. II.

Inter turpitudinem intercedentem vel ex parte *solius dantis*, vel *solius accipientis*, vel *utriusque simul.*

HÆc distinctio extra omne dubium magnam utilitatem adhuc hodie in foro præstat. Scilicet, si turpitudo *ab utraque parte* adest, v. g. si tibi centum thaleros do, ut Titium verberes, occidas &c. condictioni locus non datur, quia in pari causâ possidentis conditio semper melior habetur. *v. l. 3. ff. h. t.* Idem est, si turpitudo deprehendatur in persona *solius dantis*, quo pertinet exemplum Ulpiani in *l. 4. §. 3. ff. h. t.* si meretrici aliquid datum fuerit, quod repeti nequit. Quamvis enim Ulpianus male audiat communiter, quod dixerit: *meretricem turpiter facere, quod sit meretrix: non turpiter accipere, cùm sit meretrix*; rectè tamen sese habet ejus assertum, si juxta mores Romanorum, quibus Lupanaria tolerabantur, explicetur. Qui enim ex Legis permissione agit, ille quidem

quidem actionem laudabilem non suscipit, in foro tamen externo pro homine turpi haberi nequit, licet inter personas viles & abjectas referatur. Quod si tamen de foro interno & moribus nostris quæstio formaretur, aliud omninò dicendum esset. Quod si verò *à parte solius accipientis* turpitudo interveniat, v.g. si quid alteri dem, ne furtum, vel damnum mihi inferat, ne injuriam faciat: ut depositum, vel commodatum restituat, quod sponte facere recusabat, *v. l. 2. §. 1. & l. 9. h. t.* tunc demum condictioni locus est. Danti enim nihil imputari potest, benè tamen accipienti.

LIB. XII. TIT. VI.

De Condictione indebiti.

DISTINCT. I.

Inter indebitum *absolutum* & *secundum quid* tale.

PRius vocant, quando is, qui indebitum accepit, nullam omninò causam

 alle-

allegare valet, propter quam ſolutum repetere posſit, v. g. ſi pupillus ſine tutoris autoritate aliquid promiſit & ſolvit, item, ſi id, quod ſub conditione promiſſum, eà adhuc pendente ſolvitur, &c. *poſterius* autem, quando accipiens vel jus naturale, cui lex civilis non aſſiſtit, vel è contrario jus civile ſtrictum & ſubtile, quod ab æquitate naturali quodammodo recedit, pro ſe allegare valet, unde nova diſtinctio indebiti oritur, de qua mox dicemus ſub *Diſt.III.* Uſus præſentis diſtinctionis hic eſt: Indebitum abſolutum indiſtinctè repeti poteſt; illud verò, quod ſaltem ſecundùm quid tale eſt, interdum repetitur, interdum non, prout etiam dicetur.

DIST. II

Inter indebitum *ex errore juris* & *facti* ſolutum.

UTrum in hac materia omnis error condictionem pariat; an verò error facti ſolùm, valdè inter DD. diſquiritur. Sed nos reſervabimus deciſionem ejusdem ad *tit. de juris & facti ignorantia.*

DIST.

DIST. III.

Inter indebitum *naturale tantum* & *civile tantum.*

Naturale tantum vocatur, quod quidem juxta jus civile ſtrictum & ſubtile peti poſſet (& adeo hôc reſpectu non eſſet indebitum) ſed cui ſimul tamen æquitas naturalis reſiſtit, quò minus exigi queat. Exemplum habuimus *ad tit. quod vi metusve cauſ. geſtum erit*, ubi juxta Stoicorum principium: coacta voluntas etiam eſt voluntas, promiſſa metu extorta omninò præſtanda erant vi ſtricti juris, ſed Prætor tamen, tanquam reſtaurator æquitatis naturalis, reſtitutionem concedebat, vi cujus promiſſum non ſolùm non præſtari debebat, ſed tunc quoque, ſi jam præſtitum erat, ſolutum repeti poterat. *Civile tantum* appellant, ubi quidem æquitas naturalis ſolutionem factam ſuaſit, ſed verò de jure civili actio ad eam exigendam non competiit. Tale erat, quod ex nudo pacto debebatur. Quantum ad uſum practicum attinet, ita tenendum: Si indebitum eſt *naturale tantum*, tunc illud omninò iterum repetitur, prout ex adducto exemplo de obligatione vi metuque extorta ſatis liquido ad-

 paret.

paret. In concursu enim æquitatis naturalis & stricti juris, illa huic sine dubio præferenda est, conf. *l. 47. ff. h. t. verb. quoniam indebitam Jure Gentium pecuniam solvit. l. 66. h. t. ibi: hæc condictio ex bono & æquo introducta, quod alterius apud alterum sine causa deprehenditur, revocare consuevit.* Ast, si indebitum *civile tantum* est, tunc non repetitur solutum, ex modò adducta ratione, conf. *l. 15. pr. h. t. verb. indebiti soluti condictio naturalis est.* Et huc recurrit, quando communiter asserunt DD. nudum pactum apud Romanos non produxisse quidem actionem, benè tamen exceptionem, v. *l. 7. §. 4. ff. de pact.* Unde maximam curam adhibere convenit, ut alterum ab altero probe distinguatur.

DISTINCT. IV.

Inter *errorem* intercedentem ex parte *solventis & accipientis*.

USum distinctionis in eo ponit Lauterbach *ad h. t.* quod ratione solventis error facti solummodò excuset, non autem error juris; ratione accipientis autem utraque, cum is ex errore suo, qualiscunque ille demum fuerit, lucrum consequi non debeat.

Quæ-

Quænam quoad prius (nam posterius libenter concedimus) nostra sententia, ex iis, quæ *infrà ad tit. de juris & facti ignorantia* dicentur, & simul de usu hujus distinctionis genuino constabit.

DIST. V.

Inter Condictionem indebiti *certi* & *incerti*.

PRiori locus est, quando certum quid repetimus, v. g. certam quantitatem, ædes, fundum, equum, & id genus alia; *posteriori*, quando incertum quid condicitur, id est, interesse, possessio, obligatio, &c. vide casum in *l. 40. §. 1. ff. b. t.* add. *l. 15. §. 1. ff. h. t.* Usus practicus nullus adest, sed merè theoreticus, ut diversa condictionis hujus objecta probè ab invicem separentur. Idem in reliquis titulis observandum, quando scilicet etiam condictio sine causa, condictio furtiva aliæque ita distingui consueverunt, nisi forsan quoad condictionem furtivam dicere velis, quod ea, si *certi* dicitur, domino soli, *incerti* autem non dominis competat, quamvis & hic in effectu parùm intersit.

Lib. XIII. Tit. I.

De Condictione furtiva.

DIST. I.

Inter *Condictionem furtivam & actionem furti.*

Utraque ex delicto quidem provenit & sic merè personalis est, (nam à tertio rei furtivæ possessore eadem vindicari debet) differunt tamen *diverso fine*. Scilicet condictio furtiva rem solummodo persequitur, vel si res non amplius extat, ejus æstimationem; actio furti autem merè pœnalis est, quippe quâ vel duplum, vel quadruplum apud Romanos consequebatur Actor, prout furtum vel manifestum erat, vel non manifestum, §. *ult. J. de oblig. quæ ex delict. nascunt.* Ex quo provenit, quod condictio furtiva quidem adhuc hodie in usu sit, non autem actio furti, quia actiones Romanorum pœnales nunquam recepimus, de quo suo loco

fusius

fusius dicetur. Et recte notat Lauterbach *in Comp. Jur. h. t. ab init.* quod condictio furtiva interdum quidem actio furti etiam appelletur, sed *impropriè* tamen, *v. l. 7. ff. de furt.* quod enim ibi per actionem furti condictio nostra intelligatur, satis exinde adparet, quoniam actio commodati (propter furtum à commodatario factum instituta) actionem furti tollere dicitur, & vice versâ, quod ad actionem furti propriè sic dictam, tanquam pœnalem, applicari non potest.

DISTINCTIO II.

Inter Condictionem *furtivam* & actiones *ex aliis delictis* orientes.

HIc tanquam prorsus singulare observandum venit, quod nulla unquam actio ex delicto proveniens contra heredem institui potest, *nisi aliquid ex delicto ad eum pervenerit*, vel *nisi lis cum defuncto jam contestata fuerit*, *v. §. 1. J. de perpet. & temp. action.* Et quamvis nonnulli hic contra communem DD. opinionem defendere voluerint, quod dicta assertio tantùm de actionibus pœnalibus intelligenda sit, rei persecutoria autem indistinctè contra heredes competat, sive aliquid

quid ad eos pervenerit, sive non; nos tamen illi hypothesi subscribere nondum possumus partim ob *cit*. §. *1*. *J. de perpet. & temp. act.* quæ satis apertè actiones pœnales & rei persecutorias ab invicem distinguit; partim, quia in *l*. *1*. §. *ult*. *ff. de vi & vi arm.* expresse dicitur: *ex causa* hujus interdicti (ex delicto orientis) in heredem & bonorum possessorem ceterosque successores *in factum actio* (non ergo de pœnali sermo est) competit in id, *quod ad eos pervenit*, qui textus dissentientibus varia tormenta conciliare solet. Ast dicunt, heredes tamen factum defuncti præstare debere; Rectè. Sed facta defuncti sunt duplicis generis, alia licita, alia illicita. Priora præstare tenentur heredes, neutiquam verò posteriora. Imò *injustum* lucrum heredibus extorquendum est; sed, si ad heredes ex delicto nihil pervenit, tunc quoque injustum lucrum [illegible] nes eos non deprehenditur, quod illis extorquendum sit.

Satis ergo firma manet thesis: *actiones ex delicto non dari adversus heredes*. Nunc ad exceptionem pergimus. Condictio enim furtiva indistinctè contra heredes competit, *quamvis nihil ad eos pervenerit, & quamvis lis cum defuncto non fuerit contestata.* Ita habetur in §. *f. in f. J. de Oblig. quæ ex delict. & in*

l. 9.

l. 9. ff. b. t. Si rationem tàm diversæ decisionis desideras, DD. communiter hanc tradunt, *quia fur est in perpetua mora, mora autem obligationem semper perpetuat.* Adducunt in hanc rem *l. 8. §. 1. ff. b. t.* sed ibi plane alia quæstio, scilicet de interesse ob rem peremtam à fure præstando, ubi sine dubio rectè applicatur adlata ratio, quod nempe tunc illud tempus spectandum sit, quo res furtiva plurimi fuit, hoc enim & in aliis delictis locum habet. Verum, quod propterea heredes etiam conveniri possint, licet nihil ad eos pervenerit, hoc exinde non probatur. Nam quilibet delinquens, qui non in ipso momento, ubi delictum commisit, læso satisfactionem offert, moram committit. Ergò omnis quoque actio ex delicto proveniens contra heredem competeret, quod tamen falsum est. Manet ergo, quod hic mera decisio civilis deprehendatur, cujus ratio reddi non potest, juxta *l. 20. ff. de LL.* Legem ergò non corrigimus, quod nobis non competit, sed rationem non concludere solummodo ostendimus.

LIB.

LIB. XIII. TIT. IV.

De eo, quod certo loco dari oportet.

DISTINCT. I.

Inter actionem *quod certo loco* & actionem *directam*.

UT ritè judicium ferri possit, an hæc distinctio adhuc hodie in praxi usum habeat, annon? diversa supposita præmittenda erunt.

I. Quod actio *de eo, quod certo loco* non pertineat ad contractus bonæ fidei, sed ad eos saltem, qui stricti juris dicuntur, sive unilaterales, *v. l.5. 6.7. ff. h.t.*

II. Quod Judex pedaneus in contractibus stricti juris præcisè ad verba contractûs adstrictus fuerit.

III. Et quod proinde dicta actio potissimùm, imò unicè ex distincto officio Prætoris & Judicis pedanei profluxerit.

IV. Quod porrò, uti ex dictis infertur, si quis centum Ephesi dare stipulatus erat, domicilium autem suum Romæ habebat,

in

in hoc foro Domicilii juxta jus civile strictum conveniri non poterat, licet solutio, prout promissum erat, Ephesi non perficeretur, *v. l. 1. ab init. ff. h. t.*

V. Quod autem, quia hoc iniquum videbatur, Prætor hanc iniquitatem corrigere voluerit. Prætoriam enim esse actionem *de eo, quod certo loco*, DD. facilè concedunt.

VI. Quod Prætor, quemadmodum aliàs jus civile vetus illudque subtile *apertè* corrigere & abrogare non audebat: ita quoque in præsenti materia idem facere noluerit, unde actionem nostram *utilem* vocavit. Conf. omninò *l. 1. ff. h. t.* Cajus ubi ita: *Sed quia*, inquit, *iniquum erat, si promissor ad eum locum, in quem daturum se promisisset, nunquam accederet, quod vel data opera faceret, vel quia aliis locis necessariò distringeretur, non posse stipulatorem ad suum pervenire: ideò visum est, utilem actionem in eam rem comparare.*

VII. Quod ex plurium, si non omnium confessione, actio hæc utilis non differat *realiter* ab actione directa, sed saltem adjectitia qualitate. Sic v. g. si eum, qui Ephesi dare stipulatus est, in hoc loco factæ promissionis convenio, vocatur *actio ex stipulatu*;

latu; si verò actionem in foro domicilii instituo, vocatur *actio ex stipulatu de eo, quod certo loco*. Fusè de hac materia differit Reinhardus Bachovius *de Action. Disp. 7. part. 2. th. 3.* *Ex his autem*, inquit, *& quod creditorem cum commemoratione loci agere oportebat, evincitur necessariò, quod ipsa actio prima, quam quis v.g. ex stipulatu sibi quæsivit, suâ naturâ sit stricti juris, & quod ipsa actio ex stipulatu sit in judicium deducenda:* (sive potius, *in jure* proponenda, id est coram Prætore; nam ita pergit Bachovius) *quandoquidem hæc ratio juris nostri est, ut obligatio & actio, prout primò constituta & nata est, sit in jure apud Prætorem proponenda, qui secundum narrationem & propositionem Actoris formulam dabat, & cum ea partes ad judicem pedaneum mittebat. Itaque in nostris terminis necesse habebat actor exponere Pratori, quod Titius sibi promiserat centum Ephesi dari, sed quia in locum adjectum non veniret, cogi se alibi experiri, ita ut propter interesse loci permittat æstimationem & arbitrium Judici, an minoris, an majoris, & omninò quanti Reus sit condemnandus, juxta quam petitionem Prætor formulam dabat, permissâ nominatim arbitrio Judicis æstimatione & hoc ipsi formula inserto*, (v. g. si paret Titium decem

Ephe-

Ephesi debere, neque in eo loco pecuniam debito tempore solvisse, Judex ex arbitrio tuo condemna, Bachov. *cit. loc. ib. 2. in f) nam alias actor causâ caderet* (ob plus petitionem, *v.* §. *33. J. de action.*) *& reus juxta naturam stricti juris judiciorum objecta exceptione actionis alibi mota absolveretur. Quæ scilicet*, concludit, *perspicuè ostendunt, unam speciem & eandem origine esse actionem, quæ alio loco movetur, sed quæ tantum novam induit qualitatem, diversam ab actionibus stricti juris, in quibus Judex ad certam quantitatem, quæ in obligatione fuit, adstringitur.* Hæc ulterius prosequitur Bachovius, quæ omnia huc transcribere nimis prolixum foret. Dissentit quidem Anton. Faber *in tr. de error. pragmat. Decad. 91. error. 5.* putans actionem aliò locò institutam aliam omninò à priori & prorsus non ex stipulatu esse; sed hujus singulas rationes jam fusè & acerbè simul refutatas invenies apud cit. Bachovium *d. loc.* ergò ut nos hîc detineamus, operæ pretium iterum non esse videtur.

Quæritur saltem pro ratione instituti nostri: Utrum distinctio inter *actionem de eo, quod certo loco* & inter *directam* adhuc hodiè in foro utilitatem præstare queat?

Sed hîc porrò & in antecessum quæritur:

 (1) an

(1) an adhuc hodiè judices pedaneos habeamus, in contractibus stricti juris ad verba conventionum præcisè adstrictos? Negatur. (2) An adhuc hodiè Prætores habeamus, qui Judicibus pedaneis certas formulas præscribunt? Negatur. (3) Annon hodie liberè & apertè iniquitatem juris veteris subtilis redarguere liceat, quod neutiquam licebat Prætori? Affirmatur. (4) An ergò, si hoc licet, adhuc illis coloribus opus sit, quibus Prætor uti necesse habebat? Negatur, &c.

Quid ergo? Sane si omnia supposita illius distinctionis corruunt, quisnam adhuc adstrueret, quod dicta distinctio utilitatem in foris Germaniæ præbere possit? Ergò hodiè, sive in loco promissæ solutionis, sive ob moram, vel ex alia causâ, in loco domicilii agatur, semper actio directa instituitur, nec adjectitia aliqua qualitate indigemus amplius. Quod enim de bonæ fidei judiciis dicitur in *l. 7. pr. h. t.* quod iis hoc per se insit, ut alibi intentata pro æstimatione loci definiantur: illud hodiè eodem modo etiam ad ea judicia, quæ stricti juris vocantur, applicari poterit.

LIB. XIII. TIT. V.

De Conſtituta pecunia.

DISTINCT. I.

Inter Conſtitutum *obligatorium* & *poſſeſſorium*.

Conſtitutum *poſſeſſorium* nihil aliud eſt, quàm ſpecies fictæ traditionis per brevem manum, quando ſcilicet cauſa poſſeſſionis, in qua hactenus conſtitutus fui, mutatur, v.g. ſi rem meam vendo, ſed eam ſtatim ab emtore conduco, aut ſi rem, quæ hactenus ex titulo commodati, vel locati penes me fuit, jam tituloDomini propter præcedentem juſtum contractum poſſidere incipio, conf. *l.18. ff. de acqu. vel amitt. poſſ. l.77. ff. de R. V.* item in materia pignorum, ſi debitor Creditori hypothecam in rebus ſuis conſtituit cum clauſula conſtituti poſſeſſorii, vi cujus debitor rem oppignoratam in caſu moræ non proprio ſuo, ſed Creditoris nomine poſſidet, atque adeò Creditorem in poſſesſione conſtituit, de qua clauſula v. Mev. *P. 5. Dec. 159. 160. 350.* Illuſtr. Dn. Stryk *de Caut. contract. Sect. 2. c. 4. §. 19.*

Conſtitutum *obligatorium* è contrario nihil aliud eſt, quam geminatum nudum pa-

ctum, respiciens solutionem vel debiti proprii, vel alieni, quod Prætor ad corrigendam subtilitatem juris veteris iterum introduxit, quoniam grave est, fidem (geminatam) fallere, *l.1.pr ff.b.t.* Unde in aprico est, qua ratione constitutum debiti proprii à stipulatione, debiti item alieni à fidejussione differat. Ad constitutum enim non requiruntur verba solennia, sed quælibet alia, sive oretenus prolata, sive scriptis comprehensa sufficiunt. Placet subjicere casum ex *l. 24. ff. b.t.* qui non parùm ad illustrationem hujus materiæ conferre potest. Ita autem ait Marcellus: Titius Sejo epistolam emisit in hæc verba: *Remanserunt apud me quinquaginta ex credito tuo, ex contractu pupillorum meorum, quos reddere debebo Idibus Majis probos. Quod si ad diem superscriptum non dedero, tunc dare debebo usuras tot.* Quæro, an Lucius Titius in locum pupillorum hac cautione reus successerit? Marcellus respondit, si intercessisset stipulatio, successisse. Item quæro, an si non successisset, de constituta teneatur? Marcellus respondet, in sortem teneri. Est enim humanior & utilior ista interpretatio.

LIB.

LIB. XIII. TIT. VI.
Commodati vel contra.

DISTINCTIO I.

Inter Commodatum *solius commodantis*, *solius commodatarii* & denique *utriusque causa simul* factum.

USus in diversa culpæ præstatione sese exserit. Si enim commodatum *solius commodantis* gratia contrahitur, v. g. si quis sponsæ forte suæ, vel uxori, quò honestiùs culta ad se deduceretur: Item si quis ludos edens Prætor scenicis, vel ipsi Prætori quis ultro commodavit, tunc à commodatario nil præter *culpam latam* exigitur, *l. 5. §. 10 ff. h. t.* ubi sub voce *doli* lata culpa comprehenditur. Quod si porrò *utriusque*, *& commodantis & commodatarii gratiâ* contractus celebratus fuerit, v. g. si communem amicum ad cœnam invitaverimus, tuque ejus rei curam suscepisses & ego tibi argentum commodaverim, præstanda erit *culpa levis, l. 18. pr. vers. at si utriusque ff. b. t.* Si verò denique commodatum *solius commodatarii gratiâ* contrahitur, *culpa levissima* à commodatario exigitur, *d. l. 18. pr. b. t.*

Quod si quæritur, quid in dubio præsumatur: an scilicet *solius commodantis*, an *solius commodatarii*, an verò *simul utriusque gratia* commodatum celebratum fuerit? Tunc sine dubio pro media specie stabit præsumtio. Ordinaria enim commodati natura est, ut propter solius accipientis utilitatem ineatur, *l. 5. §. 2. in fin. ff. h. t.* at verò contrahentes in dubio ordinariæ Legum dispositioni se conformâsse censentur.

Cum sub hoc titulo communiter materia de dolo, culpa & casu fortuito generatim explicari soleat; hinc nostri quoque officii erit, ut distinctiones in hac materia occurrentes, breviter ad trutinam revocemus. Unde jam sequitur

DIST. II.

Inter Dolum *præteritum & futurum.*

Dolus præteritus pacto remitti potest, non autem futurus, tale enim pactum ad delinquendum invitaret, *l. 23. ff. de R. J. l. 1. §. 7. ff. depos.*

DIST. III.

Inter dolum *bonum & malum.*

Vocabulum *doli* abstrahendo á certis circumstantiis nihil aliud denotat, quàm acumen ingenii, commodum nostrum quô-

cunque modô promovendi. Fit hoc autem duplici ratione, scilicet mediis vel *licitis*, quô casu dicitur dolus *bonus*, Germ. eine Klugheit/ Vorsichtigkeit/ quò omes licitæ cautelæ pertinent: vel *illicitis*, & tunc dolus *malus* appellari solet, Germ. Arglistigkeit/ unde proverbium: Arglistigkeit ist keine Klugheit. Dolus malus in jure prohibitus, nullibi verò dolus bonus.

DIST. IV.

Inter dolum *præsumtum* & *verum*.

VErus dolus ex malitioso proposito & intentione alterum lædendi dijudicatur: *præsumtus* autem idem est, quod lata culpa, v. Lauterbach *ad tit. ff. de dol. mal.* Has duas species accuratè à se discernere, multum refert. Interdum enim promiscuè usurpantur & eadem prorsus prædicata admittunt, interdum autem non. Scilicet, quotiescunque agitur de privato damno resarciendo, toties nihil interest, utrum ex vero, an ex præsumto alterius dolo damnum oriatur, ut ex famosa *l. 32. ff. depositi* aliisque constat. Ast, si de pœna publica imponenda agitur, tunc lata culpa vero dolo non æquiparatur. Hinc homicidium dolosum aliter punitur, quàm culposum, *l. 7. ff. ad L. Corn. de sicar.* Sic Tutor dolo vero pupillum lædens infamia afficitur,

citur, non autem, qui dolo præsumto læsionem infert, §. *6. J. de suspect. tut.*

DISTINCT. V.

Inter Dolum *ex proposito* & *ex re.*

PRior producit querelam nullitatis per ea, quæ ad *tit. de Dol. mal. dist. 1.* diximus; sed ob posteriorem contractus non est nullus, sed ex *l. 2. C. de rescind. vendit.* alternativè agendum est, vel ut suppleatur id, quod justo pretio deest, vel, si hoc alter facere recusat, ut à contractu iterum recedatur. Dolus enim ex re nihil aliud est, quam læsio ultra dimidium.

DIST. VI.

Inter Culpam *commissionis* & *omissionis.*

USus hic nullus deprehenditur, præterquam ut terminos intelligamus. Propter utramque enim speciem eædem actiones competunt, non modò ex contractu, sed etiam si ex L. Aquilia reparatio damni petatur. Termini autem ita sunt intelligendi. Diligentia scilicet, quæ culpæ opponitur, consistit interdum in omittendo, interdum in committendo. Quod si ergò committitur, quod omittendum erat, vocatur *culpa commissionis*, v. g. si quis ignem, vel candelam ardentem in eum locum adfert,

ubi fœnum, ſtramen, aut alia materia uſtibilis deprehenditur; Viciſſim, ſi quis omittit, quod committendum erat, culpa omiſſionis vocari conſuevit, v. g. ſi quis noctu januam non claudat & ſic res per fures auferantur, &c.

DISTINCT. VII.

Inter culpam *malitiæ* (ſeu *verſutiæ*), & *ignaviæ*, (*imprudentiæ* vel *negligentiæ*.)

HAnc diſtinctionem in textibus Juris civilis fundatam eſſe, hactenus deprehendere non potui, in jure tamen feudali quodammodo fundata eſſe videtur, quoniam ibi omne Vaſalli admiſſum vocabulo *Culpæ* ſ. *Feloniæ*, Germ. des Lehnsfehlers/ denotari ſolet, *v. Colleg. noſtr. Feudale Diſp. IIX. theſ. III.* Quicquid tamen ſit, illa diſtinctio apertè contra Regulas Logicas impingit. Altera enim ſpecies, culpa ſcilicet verſutiæ, latiùs patet, quàm ipſum genus, nihil aliud enim eſt, quàm merus dolus, v. Reinhard Bachovius *ad* §. 2. *J. quib. mod. re contr. oblig. num.* 3. *in fin. Arn.* Vinnius *ad eund.* §. *num.* 11. Idem ergò mihi de iſta diſtinctione videtur, ac ſi quis hominem in rationalem & irrationalem diſtinguere conaretur.

DISTINCT. IIX.

Inter Culpam *latam*, *levem* & *leviſſimam*.

QValis hujus diſtinctionis uſus ſit, ex re-

gulis, quas DD. vulgò formare consueverunt, facilè constat.

Regula I. Quotiescunque contractus *solius accipientis* utilitatem respicit, v.g. commodatum, toties ab illo accipienre *culpa levissima* præstanda est, *l. 5. §. 2. ff. h. t.* dans vero ad solum dolum præstandum tenetur, *l. 61. §. 6. ff. de furt.* & hic vocabulo doli culpam latam (ut alias in negotiis merè civilibus, v. dist. IV.) non comprehendi existimo, ob verba *d. l. 61. §. 6. quin etiam paulo remissius circa interpretationem doli mali debere nos versari.*}

Regula II. Quotiescunque per contractum celebratum *utriusque contrahentium* utilitas promovetur, toties uterque etiam *culpam levem* alteri præstat, *d. l. 5. § 2. h. t.* v. g. in emtione, locatione, pignore, &c. Quoad pig nus tamen obstare videtur *l. 13. §. 1. ff. de pign. act.* ubi etiam culpa levissima requiri videtur, verb: *Venit autem in hac actione & dolus & culpa, ut in commodato. Venit & custodia.* Verùm cum *l. 5. §. 2. h. t. & d. l. 13. §. 1.* idem Autor sit, Ulpianus scilicet, probabile autem non sit, eundem Ulpianum sibi contradixisse, præcipuè quoniam utraq; lex ex eodem tractatu desumta, nempe *l. 5.* ex l. 28. ad edictum, *l. 13.* autem ex lib. 38. ad Edictum, hinc quamvis aliàs correctioni legum non faveamus, admittenda omninò esse videtur opinio Noodtii, qui *lib. 1. probabil. c. 4.* ita legit, *at in commodato venit & custodia,* cui opinioni accedit, quod puncta & aliæ distinctiones, quæ in textibus corporis juris

juris deprehenduntur, non sint avthenticæ, sed à DD. insertæ. Aliter respondet Phil. Matthæi *ad l. 23. de R. J. num. 80*, cujus tamen responsio paulò obscurior esse videtur.

Regula III. Quotiescunque contractus ad *solius dantis* utilitatem tendit, toties saltem *culpa lata* ab accipiente exigitur, *d. l. 5. §. 2. h. t.* dans vero ad culpam levissimam tenetur, prout recte colligunt ex *l. 61. §. 5. ff. de furt*, ubi vid. Dion. Gothofred. *in not.*

Nota I. has regulas tunc saltem locum invenire, *quando ex contractu aliquo agitur*; ast quando ex L. Aquilia ob damnum illatum alterum convenimus, tunc nulla distinctione opus, nam & culpa levissima per eam legem coërcetur, *v. §. 3. seqq. J. de L. Aquil.*

Nota II. has regulas in iis saltem contractibus applicari posse, *quæ pro objecto rem habent*. Aliud in iis, ubi *factum* aliquod ab altero præstandum, quales sunt Tutelæ administratio, mandatum & negotiorum gestio, quippe in quibus ab administrante *culpa levis* indistinctè exigitur. Quantum ad Tutelam attinet, omnes, credo, inter se convenire DD. quod ultra culpam levem à Tutore aliquid non exigatur, propter *l. 33. pr. ff. de admin. & peric. Tut.* & *l. 7. C. arbitr. tutel.* Verum quoad mandatum & negotiorum gestionem diversæ occurrunt sententiæ. Mihi analogiæ & rationi juris magis conveniens videtur, ut nec à mandatario, nec à negotiorum gestore major, quàm à Tutore, culpæ gradus exigi possit.

Neque

Neq; enim ex his etiam aliquis commodum ex gestione sua accipit. Et intuitu negotiorum gestoris rem ex *l. 20. C. de negot. gest.* apparere existimo, in qua quidem ab initio negotiorum gestor à Tutore in eo distinguitur, quod prior *sponte* gerat, posterior *coactè*; prior item ad *omnia* expedienda non teneatur, uti quidem posterior. Verùm mox quoad culpæ præstationem inter se comparantur. Et quilibet videt, quod §. *1. inf. J. de Oblig. qua quasi ex contr. nasc.* de casu speciali loquatur, propter verba expressa: *si modò alius diligentior eo commodius administraturus esset negotia.*

Quoad contractum mandati tanquam textus obstantes vulgò adduci consueverunt *l. 13. & 21. C. Mandati*; Sed non difficulter responderi posse censeo. Quamvis enim nonnulli acriter urgeant verba *d. l. 13. omnem* culpam à Procuratore præstandam esse, v. quos citat Hilliger *ad Donell. l. 13. c. 11. Lit. E.* nil tamen obstat, quo minus & hic illam particulam ex ante adducta analogia juris & identitate rationis explicemus. Neque adeò opus est, ut cum aliis inter negotia, quæ *nullam, aliqualem* & *exactissimam* diligentiam requirunt, distinguamus, de qua distinctione v. Brunnem. *ad d. l. 13.* Eadem responsio, quam modò dedimus, ad *cit. l. 21. C. Mand.* suppetit, in qua per verba: *exacto officio* nihil aliud, quam levis culpa indigitatur. Dicit enim Imp. Constantinus, quod suæ quidem rei quisque sit moderator & arbiter, id est, quod in illis etiam lata culpa non

non veitatur vitio; sed quod in alienis exactum officium, id, est, culpa levis exigatur. Ex *l. 23. ff. de R. J.* denique nihil certi definiri potest. Non solum enim mandatum cum commodato; sed & cum commodato venditum conjungitur. Anne ergò in venditione etiam levissima culpa præstanda?

Sed, quod caput rei est, adhuc restare videtur. Non pauci enim sunt, qui adlatam & hactenus explicatam nostram distinctionem planè rejiciunt, inter quos Rævardus *ad l. 23. ff. de R. J.* Mart. Anton. del Rio *ad eand. c. 1.* Hugo Donellus *Comm. lib. 16. c. 7.* Struvius *S. I. C. Ex. 19. th. 41. seqq. & in Jurispr. Rom. Germ. l. 3. tit. 3. aph. 14. seqq.* & novissimè adhuc Dn. Beier *in Pos. ff. ad tit. commmod. post pos. 43.* Nostrum ergò erit, ut hic quoque mentem nostram aperiamus. Cùm verò brevitati studeamus, missis aliorum opinionibus de rationibus Struvii, qui maximæ autoritatis in foro est, solum in præsenti dispiciemus.

Existimamus autem, Struvium sine causa ab opinione communi recessisse, ejusque duas regulas, quas loco trium communiter receptarum substituit, in effectu cum tribus illis coincidere. Age videamus.

Prima ipsius regula hæc est: *Dolus solùm & huic proxima lata culpa præstatur in contractu depositi*, addita ratione, *quia nulla ejus* (depositarii) *utilitas versatur*; sed annon idem est, quod dicunt communiter: quotiescunque contractus ad solius dantis utilitatem tendit, toties saltem

lata

lata culpa ab accipiente exigitur. Quæ de precario addit, vulgò etiam moneri solent.

Secunda Regula Struviana est: *in reliquis PLERISQVE contractibus bonæ fidei præstatur culpa & quidem tam levis, quam levissima.* Hæc ab initio communi sententiæ directò contradicere videtur, quippe quæ in plerisque contractibus levem solummodò culpam requirit, quando scilicet ejusmodi contractus utilitatem utriusque contrahentium intendunt; sed re exactius pensitatâ, opinio Struvii vel iterum cum vulgatis principiis coincidit, vel non adeò cohæret. Ita enim pergit *loc. ant. cit. aph. 16. Præ aliis tamen contractibus ac negotiis diligentia desideratur in commodato, &c.* sed cur hoc? Scilicet, quia juxta ante dicta in commodato solius accipientis utilitas versatur. Minus rectè ergò Struvius duas culpæ levissimæ species constituisse videtur. Quod si enim juxta illum *in plerisque* contractibus levissima culpa requiritur, in quo consistet culpa levissima *præ aliis* in commodato præstanda? Diligentiæ vocabulum, quod in nonnullis textibus occurrit, non semper denotat culpam levissimam, sed ex natura substratæ materiæ est explicandum. Quod verò interdum esse possit exceptio, libenter fatemur. Plura alio tempore.

Dantur quidem multi gradus, interdum decem etiam vel plures circa eandem rem, quod objicit Dn. Beier *loc. alleg.* sed in jure respicimus ad illud, quod ut plurimum, fieri, & qui-

quinam gradus plerumque adesse soleant. Eos autem ad tres à nobis explicatas species commodè referri posse, nemo negare poterit, & sic quoque arbitrium Judicis juxta hoc fundamentum dirigendum erit.

DISTINCT. IX.

Inter culpam *latam* & *latiorem*.

HUjus distinctionis Autorem communiter faciunt Bartolum. Sed eandem textibus juris non esse fundatam, exactè monstravit cit. Struvius *Ex. 19. th. 19.* cum culpa lata & latior in illis promiscuè accipi soleat. Valeat ergò Bartolus cum hac distinctione.

DIST. X.

Inter Culpam *in concreto* & *in abstracto* consideratam.

REgulariter per culpam levem eam indigitamus, quæ in abstracto est, id est, quæ penes ejusdem conditionis homines utplurimùm deprehendi solet, v. g, penes plurimos patres familias; interdum tamen illa quoque intelligitur, quæ penes hunc vel illum hominem in rebus suis in specie deprehenditur, quod fit in iis casibus, ubi socium nobis eligimus, quia qui parum diligentem sibi socium acquirit, de se queri debet, sunt verba Caji in *l. 72. ff. pro soc.* sed quid si in communionem incidimus, v. g. si nobis duobus hereditas, vel legatum aliquod relinquitur? ratio prior quidem hic non potest applicari; nihilo-

hilominus tamen idem habeturi in *l. 25. §. 16. ff. fam. hercisc.* ex ratione, quia coheres propter partem suam habuit causam gerendi, id est, ut puto, quia unam ex rebus hereditariis sine altera vix administrare potuit. Nollem tamen propterea cum Dn. Beiero *loc. prox. cit.* statuere, quod ubique culpa levis in concreto solùm præstanda veniat; non enim, nisi LL. hoc expresse permittunt, videndum est, quid fiat, sed quid fieri debeat. At verò, si quis negligens est in rebus suis, an ego proptereà pati teneor, ut in meis quoque negligenter versetur? Non videtur.

DIST. XI.

Inter casum *insolitum* & *insolitissimum*.

USus se exserit in eo casu, ubi quis casuum fortuitorum præstationem per pactum in se recepit, ad quam aliàs ex Legum dispositione non erat obstrictus. Scilicet, ejusmodi pactum de casibus *insolitis* solummodò intelligitur, neutiquam verò de *insolitissimis*, qui rarissime contingunt, vel prout alii loquuntur, vix mille annis semel, quamvis hic terminus nimis laxus sit, v. Carpzov. *P. 2. C. 26. D. 8.* Gail. *2. Obs. 23. n. 10.* Seb. Medic. *de casib. fort. p. 1. qu. 15. n. 18.* aliique à Lauterbachio *ad h. t.* allegati.

FINIS PARTIS I.